Der Widerruf des Testamentes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

unter vergleichender Darlegung der Grundsätze des römischen Rechtes.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität in Rostock

ACAD. LANDBAU BIBL.

vorgelegt von

Richard Kreiss,

Referendar in Hamburg.

Referent: Herr Professor Dr. Matthiass.

Inhaltsverzeichnis.

I. Allgemeines.

Seite

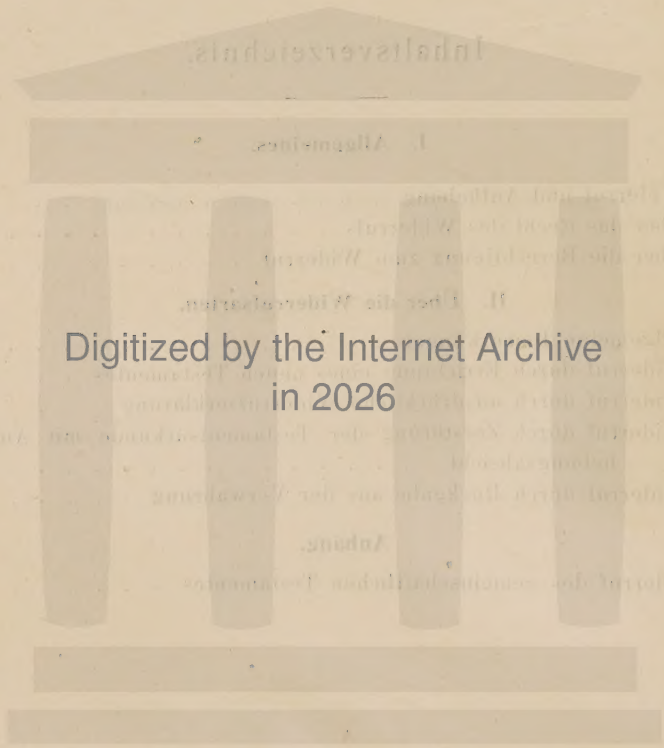
§ 1. Widerruf und Aufhebung 9
§ 2. Über das Recht des Widerrufs 12
§ 3. Über die Berechtigung zum Widerruf 15

II. Über die Widerrufsarten.

§ 4. Allgemeine Bemerkungen 19
§ 5. Widerruf durch Errichtung eines neuen Testamentes 19
§ 6. Widerruf durch ausdrückliche Widerrufserklärung 41
§ 7. Widerruf durch Zerstörung der Testamentsurkunde mit Aufhebungsabsicht 49
§ 8. Widerruf durch Rückgabe aus der Verwahrung 63

Anhang.

Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testamentes 78



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0061

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann. Siehe Brütt.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot (abgekürzt Gruch.). Herausgegeben von Küntzel, Eccius, Predari. s. Goldmann, Küntzel, Mantey.

Benkard, „Bericht über die Sitzung der Frankfurter Notarversammlung vom 3. November 1902". In Z. D. N. 03, S. 116 ff.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse. Berlin 1896.

Bischoff, Abhandlung: „Einiges über den Hinterlegungsschein". In R. 00. S. 433, 434.

Bödicker, Abhandlung: „Verwahrung des Testaments". In D. J. Z. 00, S. 500.

Boehm, Das Erbrecht im BGB. 2. Auflage. Hannover 1900.

Bonnenberg, Rost. Dissertation: Wesen und Wirkungen des Widerrufs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostock 1910.

Boschan, Die Nachlaßsachen in gerichtlicher Praxis. 2. Teil. Berlin 1905.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 3. Bd. 1. Abt. 2. Auflage. Erlangen 1886.

Brock, Das eigenhändige Testament. Berlin 1900.

Brütt, Abhandlung: „Inwieweit kann nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Ehegatte, welcher ein korrespektives Testament errichtet hat, noch einseitig Vermächtnisse und Auflagen anordnen?" In Arch. f. B. R., Bd. 29, S. 385 ff.

Badische Rechtspraxis und Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte. Jahrgang 1909: Rspr. des OLG., S. 193, 194, Nr. 76: „Widerruf eines Testamentes i. S. des § 2255 BGB."

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. Herausgegeben von Lobe. (Abgekürzt: C. B. F. G.) Siehe unter Goslich und Ude.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band II. 4. Auflage. Jena 1904.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 5. Band: Deutsches Erbrecht. Halle 1905.

Dernburg, Pandekten. 3. Band. 4. Auflage. Berlin 1894. (Wo keine nähere Angabe, ist immer das bürgerliche Recht gemeint.)

Deutsche Juristen-Zeitung; herausgegeben von Laband, Stenglein, Staub. (Abgekürzt: D. J. Z.) Siehe Bödicker — Greiff — Heinsheimer.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Band. 1. und 2. Auflage. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Band: Das Erbrecht. 7. Auflage. Berlin 1900.

Enneccerus-Lehmann. Das Bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II. Marburg 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (Abgekürzt: E. R. G.)

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. (Abgekürzt: E. d. F. G.)

Eichhorn, Das Testament. Hand- und Musterbuch für Verfügungen von Todeswegen. 5. Auflage (von Goldmann). Berlin 1910.

Frommhold, Das Erbrecht des BGB. Berlin 1900.

Goldmann, Vortrag: „Das gemeinschaftliche Testament unter besonderer Berücksichtigung des sog. Berliner Testaments". In Gruch. Band 48, S. 91 ff.

Goslich, Abhandlung: „Der Nachlaßrichter hat formell ungültige Testamente und Erbverträge nicht zu eröffnen; ihr Inhalt ist dagegen grundsätzlich für die Frage der Eröffnung gleichgültig". In C. B. F. G. Band III. S. 97 ff.

Greiff, Abhandlung: „Verwahrung des Testaments". In D. J. Z. 00. S. 522.

Heinsheimer, Das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch mit seinen Nebengesetzen und das Badische Recht. Band II. 1. und 2. Auflage. Karlsruhe 1905.

Heinsheimer, Abhandlung: „Widersprechende Testamente". In D. J. Z. 1906, S. 796 ff.

Hellmann, Abhandlung: „Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 in kurzgefaßter Darstellung von Strohal". In Krit. V. Schr. Band 39, S. 212 ff.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Hölder, Abhandlung: „Das eigenhändige Testament" in Iher. Jahrb. Band 41, S. 303 ff.

Jahrbuch, für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen; herausgegeben von Johow und Ring.

Iherings, Jahrbücher für die Domatik des Bürgerlichen Rechts; herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg. Siehe Hölder.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. 2. Auflage. 3. Band. Berlin 1904.

Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 3. Abteilung. Würzburg 1895.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft: herausgegeben von v. Bechmann, Hellmann, v. Maurer, v. Seydel, Ullmann. Siehe Hellmann.

Krüger, Paul, Abhandlung: Über den Widerruf eines Testaments durch Zerschneiden des linum. In Z. S. St. Band VII. 2. Heft. S. 91 ff.

Krüger, Paul, Abhandlung: Bemerkungen zu Schirmers Replik in Sachen des linum testamenti incisum. In Z. S. St. Band VIII, S. 109 ff.

Krüger, Paul, Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts. Berlin 1870.

Küntzel, Abhandlung: „Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches". In Gruch. Beitr. Band 41, S. 583 ff., S. 808 ff.

Lafrenz, Abhandlung: „Ausschlagungsfrist beim Unterbleiben der Testamentseröffnung". Im R. 02, S. 553.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dogmatisches Lehrbuch. 2. Hälfte. Berlin 1904.

Leist, In Glücks Erläuterungen der Pandekten. Serie der Bücher: 37 u. 38. 4. Teil. Erlangen 1879.

Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Rechts für das Deutsche Reich und des Preußischen Allgemeinen Landrechts. 2. Hälfte. 1.—2. Auflage. Berlin 1903.

Loewenwald, Das gemeinschaftliche Testament im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.

Mantey, Abhandlung: „Zur Anwendung des § 2085 und § 2255 BGB." Im R. 1906, S. 555, 556.

Mantey, In Gruch. Beitr. Band 52, S. 384 ff. Abhandlung: „Darf der überlebende Ehegatte das korrespektive Testament anfechten?"

Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts. 4. Auflage. II. Band: Das Erbrecht. Stuttgart 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts. 5. Auflage. Berlin 1910.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1899.

Mommsen, Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven. Braunschweig 1876.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band V. Berlin und Leipzig 1888.
Mühlenbruch, In Glücks Erläuterungen der Pandekten. Band 38 und 39. Erlangen 1837.
Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. II. Band. 2. Auflage. München 1904.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band II. 5. Auflage. Berlin 1909.
Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts. 1.—8. Jahrgang, umfassend die Zeit 1903—1910.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. V. Band. 3. Auflage. Berlin 1908. — I. Band. 3. Auflage. Berlin 1903.
(Wo keine näheren Angaben, ist immer Band V gemeint.)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Band V. Berlin 1899.
Puchta, Kursus der Institutionen. Band III. 6. Auflage. Leipzig 1872.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. 2. Auflage. Berlin 1907.
Recht, Das, Rundschau für den Deutschen Juristenbund. Herausgegeben von Soergel, München. (Abgekürzt: R.) Siehe unter: Bischoff—Lafrenz—Mantey—Riemann.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Die, auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan-Falkmann.
Riemann, Abhandlung: „Darf der Richter oder Notar das vor ihm errichtete Testament vor Ablieferung in die amtliche Verwahrung zum Zwecke der Vernichtung zurückgeben? Im R. 09, S. 208 ff.
Rüger, Abhandlung: „Aus dem Erbrechte des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs". Im Sächs. Arch., 9. Band, S. 401 ff.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert. Siehe Rüger.
Scherer, Erbrecht des BGB. für das Deutsche Reich. 5. Buch. Erlangen 1900.
Schirmer, Abhandlung: Vom Widerruf des Testamentes durch Zerstörung des Verschlusses. In Z. S. St., Band VII, 1. Heft, S. 1 ff.
Schirmer, Abhandlung: Replik in Sachen des linum testamenti incisum. In Z. S. St., Band VIII, S. 99 ff.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten. (Abgekürzt: S. A. oder S. Arch.) München.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Nürnberg. (Abgekürzt: Bl. f. R. A.)
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Band. 3. Auflage. Leipzig 1869.
v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Band 5, erl. v. Herzfelder. 3./4. Auflage. München 1909.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Band. 3. Auflage. Berlin 1903.
Ude, Abhandlung: „Die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügung" in C. B. F. G., Band II, S. 418/419.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. II. Band. 7. Auflage. Marburg und Leipzig 1876.
Vering, Das römische Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. Heidelberg 1861.
Wäntig, Abhandlung: „Ist der Notar berechtigt, das vor ihm errichtete Testament dem Testator, der das Testament widerrufen will, vor der Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben?" In Z. d. N. V. 08, S. 632 ff.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. Berlin 1900.
Wilke-Reatz, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz mit Kommentar. 5. Band: Erbrecht. Berlin 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Band. 9. Auflage. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Zeitschrift des Deutschen Notar-Vereins. Herausgegeben vom Deutschen Notar-Verein zu Halle a. S. (Abgekürzt: Z. D. N.) Siehe Benkard—Wäntig.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. (Abgekürzt: Z. S. St.) Romanische Abteilung. Herausgegeben von Roth, Bekker, Böhlau, Pernice. Weimar. Siehe Schirmer—Krüger.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 3. und 4. Jahrgang, 1907 und 1908. **1907,** S. 374 f.: E. O. L. G. Bamberg: „Aufhebung einer früheren letztwilligen Verfügung durch ein mit ihm in Widerspruch stehendes späteres Testament (§ 2084, 2258 BGB.)." — **1908,** S. 182: E. R. G. „Verhältnis mehrerer letztwilliger Verfügungen des Erblassers. Auslegungsfragen."

§ 1.

Widerruf und Aufhebung.

Der Widerruf des Testamentes ist, wenn wir vom gemeinschaftlichen Testament zunächst ganz absehen, im fünften Buche des BGB. unter dem 7. Titel Errichtung und Aufhebung eines Testamentes geregelt. Er fällt also, äußerlich gruppiert, unter Testamentaufhebung §§ 2053—58. Die Aufhebung aber gehört zur Lehre von der Unwirksamkeit der Testamente. Im Gegensatz zu der ursprünglichen Unwirksamkeit, der sog. Ungültigkeit oder Nichtigkeit von Anfang an, reiht sich jedoch die Aufhebung, wie dies schon aus dem Worte „aufheben" sich ergibt, unter die nachfolgende Unwirksamkeit der Testamente, d. h. sie gehört zu der Gruppe von Tatbeständen, denen das Gesetz die Kraft zuspricht, ein ursprünglich wirksames [1]) Testament zu entkräften. Mit der kurz begründeten Einreihung des Widerrufs eines Testaments in die Lehre von der nachfolgenden Unwirksamkeit ist jedoch nichts über das innere Verhältnis zur Aufhebung und Widerruf zu einander gesagt. Es ist vielmehr nur festgestellt, daß der Widerruf der äußerlichen Gruppierung nach (Bonnenberg, Wesen und Wirkungen des Widerrufs nach BGB. [Diss. 1910 Rost]) unter Aufhebung §§ 2253—58 fällt.

In der Literatur herrscht über das Verhältnis von Aufhebung und Widerruf zu einander wenig Übereinstimmung. Da weder die Motive [2]) noch die Protokolle [3]) genügende Aufklärung nach übereinstimmender oder unterscheidender Richtung hin geben, so gehen die Schriftsteller von den verschiedensten Gesichtspunkten aus und gelangen auf diese Weise des öfteren zu entgegenstehenden Resultaten. Staudinger [4]) trennt scharf §§ 2253—2257 von § 2258 und behandelt den Widerruf als einen speziellen Teil der Aufhebung des Testamentes im Gegensatz zu der Aufhebung durch den Inhalt (§ 2258). In diesem Sinne sieht Staudinger den Widerruf des Testamentes also als eine Unterabteilung der Aufhebung an, die Aufhebung selbst als übergeordneten Begriff, ebenso Cosack [5]), der als Beweis dafür mehrere Hauptunterschiede zwischen den beiden Aufhebungsarten, Widerruf und neue Testamentserrichtung, (§ 2258) anführt. Ihnen schließt sich Landsberg [6]) an.

Andere hingegen, in überwiegender Mehrheit, [7]) unterstellen ohne weiteres die Aufhebung gem. § 2258 dem Widerruf, erachten also Aufhebung und Widerruf als sich deckende, gleichgeordnete Begriffe. Dabei wird wieder der Widerruf nach § 2258 in verschiedenartigste Verbindung

---

[1]) Wirksamkeit bezw. Unwirksamkeit im besonderen Sinne gebraucht, denn eigentlich wirksam wird ein Testament erst im Hinblick auf seinen Enderfolg; jedoch läßt sich die Ausdrucksweise insofern rechtfertigen, als ein Testament sehr wohl schon vor dem Erbfall Wirkungen äußern kann, z. B. durch seine aufhebende Kraft. Der Sprachgebrauch wird demnach auch überall in der Literatur festgehalten.

[2]) Mot. V 297 ff.

[3]) Mot. V, S. 297 ff.

[4]) Bem. II Abs. 1 zu §§ 2253—57.

[5]) § 358 II.

[6]) § 278 I Abs. 1; vgl. 1 u. 2.

[7]) Dernburg § 40, 1 Abs. 3; Boehm § 64 I u. III c.; Frommhold 1 zu § 2253; Strohal § 42 III 1 Abs. 1; Scherer S. 339 ff., S. 341; Enneccerus-Lehmann § 202, 1; Mayer-Reis § 45 III, dazu Nr. 3; Endemann § 50, 2 b.

mit den anderen Widerrufsarten gebracht, teils mit §§ 2256 und 56 als eine dem Aufhebungswillen des Erblassers dokumentierende Handlung [8]), teils mit § 2254 im Hinblick darauf, daß § 2258 wie § 2254 Testamentsform erheische [9]), teils erfolgt einfache Aufzählung der Widerrufsarten. [10])

Eine dritte Gruppe unter den Schriftstellern nimmt einen in der Mitte stehenden Standpunkt ein. Sie sprechen von einem „negativen" oder „eigentlichen" Widerruf der §§ 2254—56 im Gegensatz zu der aufhebenden Verfügung positiven Inhalts des § 2258, so Planck [11]), Heinsheimer [12]), oder man trennt § 2258 ganz vom Widerruf, sieht dann jedoch eine „Ausführung des Widerrufs" in der Errichtung eines neuen Testamentes nach § 2258, so Müller und Meikel. [13])

Das Gesetz sagt im § 2258, ein Testament wird „insoweit aufgehoben", während in den vorhergehenden §§ 2253 ff. stets das Wort „widerrufen" gebraucht ist. Das fällt zweifellos auf. Was ist die Ursache dieser Veränderung, denn die Annahme, der Gesetzgeber habe ohne entschiedene Absicht so gehandelt, ist ebenso willkürlich wie bequem. Ein Widerruf ist dem Wortsinne nach nichts anderes als eine negative Willensäußerung, wenn auf das: „so soll es sein", folgt: „so soll es nicht sein". Diese negative Willensäußerung steht selbständig, unabhängig da, eben weil sie „geäußert" ist, mag sie nun unmittelbar durch Wort oder Schrift oder durch negative Handlungen sich ausdrücken. Anders der Tatbestand des § 2258. Hier ist nichts Negatives geäußert, sondern nur positiv verfügt. Nun möchte man folgern: also liegt auch kein Widerruf vor, und daher sagt das Gesetz im § 2258 im Gegensatz zu „widerrufen" „aufheben", indem es begrifflich die Aufhebung eines Testamentes trennt in die beiden Aufhebungsarten Widerruf und Aufhebung im engeren Sinne § 2258. Jedoch der Folgerung steht folgendes entgegen: Was den Widerruf zum Widerruf stempelt, ist lediglich der negative Wille; dieser muß zwar in die Erscheinung treten, denn sonst ist seine Existenz juristisch nicht gegeben, aber ist er dadurch an eine bestimmte Erscheinungsform, die negative „Äußerung", in welcherlei Gestalt auch immer gebunden? Das ist nirgends gesagt, er muß nur irgendwie in die Erscheinung treten, derart, daß er feststellbar ist. Das genügt. Wenn der Erblasser nun über etwas positiv verfügt, über das er schon anderweitig positiv verfügt hat, so läßt sich daraus zweifellos der Rückschluß machen, daß er die erste positive Verfügung nicht will, m. a. W. ein negativer Wille entnehmen, ja diese Konsequenz muß sogar gezogen werden, wenn anders die zweite Verfügung gelten soll nach dem Grundsatz, daß der letzte Wille des Erblassers entscheidend ist. [14]) Also nur darin liegt die Besonderheit, daß man auf anderem als dem üblichen Wege, nicht vorwärts, sondern rückwärts schließend zu dem gleichen Resultat gelangt, zur Feststellung des negativen Willens. Und dieser Besonderheit will der Gesetzgeber Ausdruck geben, wenn er statt „widerrufen" „aufheben"

[8]) Boehm, Mayer-Reis a. a. O.
[9]) Frommhold, Endemann, Strohal a. a. O.
[10]) Dernburg, Scherer, Enneccerus-Lehmann a. a. O.
[11]) Bem. 1 zu § 2253.
[12]) Bem. 3 zu §§ 2253—58.
[13]) § 442, 1—3 im Vergl. m. Abs. 2 auf S. 461. Siehe auch Randbemerkungen zu § 442, 1—4.
[14]) Wenn daher Cosack a. a. O. II 1 d sagt, die Aufhebung erfolge ohne Rücksicht auf die Absicht des Erblassers, so ist das unhaltbar, denn daraus, daß die zweite Verfügung der letzte Wille des Erblassers ist, geht hervor daß er andere mit ihr im Widerspruch stehende nicht mehr gewollt haben kann. Ob das in dem Erblasser in dem Moment der Aufhebung bewußt wird, ist nicht entscheidend. Sollte aber ausnahmsweise der Erblasser nur deshalb verfügt haben, weil er an seine frühere Verfügung überhaupt gar nicht mehr dachte, so hat in diesem Fall das Gesetz durch Zulassung der Anfechtung Vorsorge getroffen, daß der in Wahrheit letzte Wille des Erblassers gewahrt bleibt.
Vgl. Ausf. S. 37 ff.

sagt. Wollte man dagegen keinen Widerruf in der Aufhebung nach § 2258 erblicken, so wäre nicht zu verstehen, wie das Gesetz gerade zur Aufhebung der ersten Verfügung kommt, denn dann wäre das Bestehen des Willens des Erblassers auf Geltung der ersten Verfügung ebenso deutlich und sicher ausgedrückt, wie auf Geltung der zweiten Verfügung, und dem Gesetzgeber bliebe in Ermangelung der Feststellbarkeit des letzten Willens nichts anderes übrig, als beide Verfügungen aufzuheben. Indem also das Gesetz im § 2258 insoweit „aufgehoben" und nicht „widerrufen" sagt, macht es keine begriffliche, sachliche Unterscheidung, sondern lediglich eine rein sprachliche, um auf die eben dargelegte Besonderheit aufmerksam zu machen.[15] [15a]

Was nun in solcher Beleuchtung des § 2258 die Meinung der angeführten Schriftsteller angeht, so erhellt, daß man von einem „negativen" oder „eigentlichen" Widerruf der §§ 2254–56 nicht reden kann. Der Widerruf im § 2258 ist ebenso negativ und eigentlich, nur daß er nicht aus einem negativen, sondern positiven Moment festgestellt wird. Aber nicht auf die Art der Feststellung kommt es an, sondern auf das Vorhandensein des Widerrufwillens und dessen Feststellbarkeit überhaupt. Mit Recht bezeichnen die Motive[16] den Widerruf nach § 2258 nur als „verneinende Kehrseite" der neuen Verfügung, denn sie wollen damit sagen, er ist ebenso stark verneinend, wie er in jeder negativen Äußerung zu Tage tritt, nur mußte er erst „durch Umkehrung der Medaille" offensichtlich gemacht werden. Zählt daher Cosack[17] die Hauptunterschiede zwischen Widerruf und neues Testament auf, so wird lediglich dadurch unterschieden zwischen den beiden gegensätzlichen negativen und positiven Erscheinungsformen des Widerrufs; daß sich daraus aber wieder unterschiedliche Anforderungen[18] ergeben müssen, erscheint selbstverständlich.[19]

Die durch die dargestellte Auffassung des Widerrufs gegebene Umgrenzung des Themas erleidet durch den Tatbestand des § 2289 Abs. 1 Satz 1 keine Veränderung. Dort wird ein Testament aufgehoben durch die Einwirkung eines Erbvertrages. Die Aufhebung wird jedoch bestimmt durch die Beeinträchtigung des Rechtes des durch den Erbvertrag Bedachten, der Grund der Wirkung bildet also das Vertragselement. Dieses aber hält sich wieder ganz unabhängig von einem etwa vorliegenden Widerspruch. Das erhellt am deutlichsten daraus, daß eine Beeinträchtigung vorliegen kann, ohne daß sich die beiden Verfügungen auch nur im mindesten widersprechen. Trotzdem wird in solchem Falle die erste Verfügung aufgehoben in alleiniger Rücksicht der Beeinträchtigung.[20] Freilich wird, soweit die beiden Verfügungen sich widersprechen, jedesmal auch eine Beeinträchtigung vorliegen, und bei Vermächtnissen wie Auflagen wird der inhaltliche Widerspruch sich stets mit der tatsächlichen Beeinträchtigung decken, ja sie mögen auch innerlich

[15]) So auch Endemann a. a. O., Anm. 7. Wenn aber Endemann dem Gesetz es weiterhin zum Vorwurf macht, daß es die Unterscheidung nicht durchführt und zum Beweise dessen § 2258, 2 anführt, so erscheint das nicht gerechtfertigt, da ja gerade, wie später zu erörtern ist (S. 86/87), der Widerruf aus § 2258, 2 nur sich auf die §§ 2254–56 und nicht auf § 2258 bezieht, also auf Aufhebung im Sinne des § 2258, 1 nicht paßt.

[15a]) Vgl. Bonnenberg S. 26 bei Anm. 2. Dort wird hervorgehoben, daß der Widerrufswille an und für sich schon in einer Äußerungshandlung zum Ausdruck kommen kann, die lediglich mit der Absicht, irgend welchen anderen Erfolg herbeizuführen, vorgenommen ist".
Vgl. auch S. 3 ff und die zusammenfassende Definition des Widerrufes S. 7, nach der die Bekundung des Nichtgebundenseins an eine Willenserklärung nach keiner Richtung hin irgend eine Einschränkung erleidet.

[16]) Mot. V, S. 297.

[17]) A. a. O. II, 1 a, b, c, d.

[18]) Cosack a. a. O. II 1 b.

[19]) Vgl. Mot. V. S. 297 zu § 1933.

[20]) Ein vorzügliches Beispiel dieser Art findet sich bei Strohal § 45 IV, 1 S. 382, nach dem eine vertragsmäßige Erbeinsetzung auf alle früheren, letztwillig angeordneten Vermächtnisse aufhebt.

mit einander in Verbindung stehen und der beabsichtigte Widerruf die Ursache des Eingehens eines Erbvertrages bilden, für das Gesetz bleiben die beiden Momente scharf getrennt, und maßgebend für die Aufhebung allein die Beeinträchtigung. Und daß das Gesetz allein hiernach entscheidet, hat seinen Grund in der erbrechtlichen Wirkung des Vertrages. Sie liegt in der Bindung des Willens des Erblassers nach Maßgabe der vertragsmäßigen Zusicherung, m. a. W. in der Hervorkehrung und alleinigen Betonung des Rechtes des Bedachten gegenüber jeglicher andersartigen offenbarten Absicht des Erblassers; und zwar so dominierend ist das objektive Moment, daß das zugesicherte Recht innerhalb der vertragsmäßigen Verfügung nicht nach dem Willensinhalt, sondern allein nach dem Erklärungsinhalt festzustellen ist, denn die Erklärung der Zusicherung ist empfangsbedürftig und tritt als solche in die Erscheinung. Die Frage nach der Aufhebung in § 2289 entscheidet sich also im Gegensatz zu § 2258 nie nach dem subjektiven Willen des Erblassers, der ist hierfür ganz gleichgültig. Damit ist auch die Frage nach einer rechtlichen Wirkung eines etwa vorhandenen Widerrufs im § 2289 verneint und um dem dadurch hervorgerufenen grundlegenden Unterschied zwischen den §§ 2253—58 auch äußerlich bedeutsamen Ausdruck zu verleihen, hat das Gesetz einen direkten Anschluß an die eben zitierten Paragraphen vermieden.

Wir kennen also im Gesetz eine Aufhebung des Testamentes, die einmal aus dem subjektiven Element des Willens (§§ 2253 ff.), zum andern aus dem objektiven des Vertrages resultiert.[21]) (§ 2289.)

Nur mit ersterer haben wir uns hier zu befassen.

---

§ 2.

Über das Recht des Widerrufs (§ 2253 BGB.).

Nach dem BGB. ist jede letztwillige Verfügung ein Testament, noch r. R. nur diejenige, die eine Erbeinsetzung enthält. Daraus folgt zweierlei:

Der Testamentsbegriff ist insofern ein anderer geworden, als das BGB. das inhaltlich notwendige Merkmal, die Erbesernennung, nicht mehr kennt. Das Testament von heute hat keine inhaltlichen Merkmale mehr, jede Verfügung ist in diesem Sinne ein Testament. Der sachliche Umfang des Testamentsgebiets ist also bedeutend erweitert worden, und die gesetzlichen Vorschriften, die das Testament regeln, gelten für alle letztwilligen Verfügungen im Gegensatz zum r. R., in dem Legate, Fideikommisse, Auflagen unter dem gemeinsamen Namen Kodizille gesondert behandelt wurden.[1])

Anderseits ist aber die begriffliche Auffassung von dem Wesen des Testamentes dieselbe geblieben, bestimmt durch das Wort: letztwillig. Sinngemäß ergibt sich hieraus von selbst die Einseitigkeit und die jederzeit mögliche Widerruflichkeit des Testaments. Während aber das r. R.[2])

---

[21]) Vgl. dazu Bonnenberg, S. 53 oben: „Der Widerruf ist regelmäßig voraussetzungslos, die Betätigung einer Laune" und im Gegensatz dazu die angeführten Aufhebungsakte: Rücktritt und Kündigung. S. auch S. 55 oben.

[1]) Bei den nachfolgenden Erörterungen ist also daran festzuhalten, daß sich die zwischen dem BGB. und dem r. R. ergebenden Übereinstimmungen und Unterscheidungen nur in den Grenzen bewegen, die durch die rechtliche Auffassung des Testaments gesteckt sind.

[2]) 1. 4 D. de adim. leg. 34, 4: ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

die Begründung dieser Folgerung hervorhebt, stellt das BGB. nur die Tatsache fest: „Ein Testament sowie eine einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung kann von dem Erblasser jederzeit widerrufen werden" (§ 2253, 1).

Neben dem dem Erblasser gewährten Recht des jederzeitigen Widerrufs kann die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Willensbindung nicht bestehen. Daß aber gerade letztere immer als ausgeschlossen gelten muß, liegt begründet in der überwiegenden Kraft des öffentlichen Rechts gegenüber privaten Dispositionen. Die Widerrruflichkeit entspringt, wie wir gesehen, aus dem Begriff des Testaments. Danach ist dem einzelnen das unverzichtbare Recht anvertraut, jederzeit ein Testament zu errichten. Ein privater Vertrag, der dem Erblasser dieses Recht nimmt, würde daher gegen die im Interesse des öffentlichen Wohles und der guten Sitten getroffenen staatlichen Anordnungen verstoßen. Und in richtiger Erkenntnis der Bedeutung dieser Tatsachen hat denn auch das r. R. jede vertragsmäßige Beschränkung der Widerrufsfreiheit vermieden und selbst Vertragsstrafen, die den Widerruf verhindern sollen, für ungültig erklärt.[3])

Ihm folgt das BGB. § 2302, anscheinend im Widerspruch mit dem im römischen Recht nicht geltenden Erbvertrag, der gerade die Bedeutung eines vertragsmäßigen Verzichtes auf Widerruf in sich schließt. Aber es handelt sich nicht hier um eine obligatorische Verpflichtung, sondern um eine erbrechtliche Wirkung, die das Gesetz selbst unter Aufnahme deutschrechtlicher Grundgedanken zugelassen hat, also nicht um private Willkür entgegen zwingenden Gesetzesvorschriften, sondern um Benutzung eines Instituts, das in begrifflichem Gegensatz zum Testament und daher selbständig neben diesem steht. Aus der strengen Scheidung zwischen Erbvertrag und Testament und der Selbständigkeit beider erklärt sich, daß die Schließung eines Erbvertrages nie als eine vertragsmäßig erklärte Unwiderruflichkeit eines Testaments erachtet werden kann. Mag der Inhalt des ganzen Testaments oder nur ein Teil zum Gegenstand eines Erbvertrages gemacht werden, immer ist die Verfügung nicht mehr testamentarisch. Losgelöst vom Testament und dessen Regeln steht sie fortan im Erbvertrag, und erst kraft s e i n e r Wirkung ist sie unwiderruflich geworden.

Das BGB. ist daher von dem Grundsatz der Unzulässigkeit der Unwiderruflichkeit eines Testamentes ebenso wenig abgegangen wie das r. R., das den Erbvertrag nie anerkannt hat, wenngleich nicht zu verkennen ist, daß die Römer mit größerer Konsequenz die Einseitigkeit der Durchführung des Gedankens der letztwilligen Verfügung verfolgt haben.

Ebenso wirkungslos wie der vertragliche aber muß auch der einseitige Verzicht im Testament sein, sog. derogatorische Klausel. Denn er läuft der Natur des Testamentes genau so zuwider.[4])

Wie aber, wenn der Erblasser in seinem Testament die Gültigkeit eines späteren Widerrufs von einer bestimmten Form abhängig macht? Da das r. R. sowohl wie das BGB. bestimmte Formen für den Widerruf vorschreiben, so ist ein Widerruf ohne Beobachtung dieser Formen ungültig. Es kann sich bei der eben gestellten Frage also nur darum handeln, ob der Widerruf auch dann ungültig ist, wenn er in einer gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt, die jedoch der Erblasser in seinem früheren Testament ausgeschlossen wissen wollte. Dernburg, Böhm in Über-

[3]) 1. 61 D. 45, 1. — 1. 52 § 9 D. 17, 2.

[4]) R. R. 1. 22 pr. D. de legat. 32: nemo . . . . . eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat

einstimmung mit den Motiven [5]) meine, daß der Mangel der beabsichtigten Form zu der Willensauslegung führen könne, der Erblasser habe seine Verfügung überhaupt nicht aufheben wollen. Einem Widerrufe, der die vom Erblasser vorgeschriebene Form nicht an sich trage, sei daher in solchen Fällen die Wirksamkeit zu versagen. Dernburg beruft sich dabei auf zwei Gerichtsentscheidungen aus der Zeit der gemeinrechtlichen Praxis [6]), in denen die Ansicht zur Geltung kommt, daß die Absicht des Erblassers bei Nichtbeobachtung der selbst bestimmten Form nur auf einen Testaments e n t w u r f ziele, daher ohne verbindliche Kraft sei. Darauf ist zu erwidern: An und für sich ist eine solche Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, denn da der Erblasser persönlich widerrufen muß, so ist der Fall denkbar, daß, solange die selbst bestimmte Form nicht erfüllt ist, der Erblasser keinen Widerrufswillen hat, auch wenn die Erklärung bereits in einer gesetzlich vorgeschriebenen Form vorhanden ist. Aber kann die Denkbarkeit eines solchen Falles auch zu einer dahingehenden Willensauslegung führen? Bei der Feststellung des letzten Willens handelt es sich stets nur um Wahrscheinlichkeiten, denn zu der Zeit, wo der letzte Wille festgestellt wird, ist kein Aufschluß vom Erblasser mehr zu erlangen. Eine Wahrscheinlichkeit dafür zu finden, daß der Erblasser den in gesetzlich vorgeschriebener Form vorgefundenen Willen nicht als letzten Willen gewollt habe auf Grund der Tatsache, daß er im früheren Testament eine einzige Form sich vorgeschrieben hat, muß als ausgeschlossen gelten. Kann der Erblasser nicht aus allen möglichen nicht festzustellenden Gründen die im ersten Testament gesetzte Formbedingung nicht mehr gewollt haben? Und läßt sich nicht sagen, daß der Erblasser die Gültigkeit von der Beobachtung der von ihm erwähnten Förmlichkeit nicht habe abhängig machen wollen, i n d e m er sie den gesetzlichen Vorschriften entsprechend abfaßte? Gerade dadurch habe er zu erkennen gegeben, daß er an seiner früheren Vorschrift sich nicht mehr zu kehren beabsichtige. Warum hat das Gesetz denn Formen vorgeschrieben für den Widerruf? Um bei der Bedeutung des Aktes eine unzweideutige klare Feststellung zu ermöglichen. Sollte der Erblasser sich nicht dessen bewußt sein, wenn er sich der Form bedient? Oder ist die Autorität des Gesetzes so gering, daß man annehmen könnte, der Erblasser habe sich bei einem so wichtigen Akt der gesetzlichen Bestimmung untergeordnet, ohne sich vorher von ihrer Bedeutung zu überzeugen? Man sollte vielmehr sagen: Eben w e i l die Gesetzesmacht groß ist, hat der Erblasser es nicht für nötig gehalten, eine ehemals von ihm aufgestellte Formvorschrift zu beachten, wenn er nur dem Gesetz sich anpaßt. Solche Erwägungen aber sind berechtigt, weil sie allein den einzelnen praktischen Fällen im Leben gerecht werden. Sie müssen daher stets die Wahrscheinlichkeit begründen, daß der Erblasser auch bei Nichtbeobachtung der selbst bestimmten Form seinem l e t z t e n Willen Ausdruck geben wollte, wenn er nur die zweite Verfügung in den gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen sich bewegen ließ. Dazu treten andere objektiv rechtliche Gründe: Zwar wird der Widerruf nicht ohne weiteres ausgeschlossen, das Testament soll sogar jederzeit widerrufen werden können, aber eben nur in der vom Erblasser bestimmten Form. Eine Selbstbeschränkung des Widerrufswillens, und sei sie noch so gering, aber ist unzulässig, und weil sie unzulässig ist, darum kann und darf das Gesetz auf sie keine Rücksicht nehmen. Das Gesetz hat nun einmal m e h r e r e Widerrufsformen aufgestellt: selbst wenn sich feststellen ließe, daß der Erblasser bei einer in gesetzlicher

[5]) Dernburg § 25 II Anm. 2; Boehm § 24 II Abs. 2; Mot. V, S. 8.
[6]) Seuff. Arch. Bd. 6 n. 52 und Bd. 22 n. 55.

Form niedergeschriebenen Widerrufserklärung die Widerrufsabsicht nicht hatte, so muß trotzdem der Widerruf gelten, da an die formgerechte Widerrufserklärung das Gesetz den Widerruf knüpft. Denn wenn der Erblasser einer Form die Kraft raubt, die das Gesetz ihr verleiht, ohne daß das Gesetz selbst wieder dieses gestattet, so liegt nicht minder eine Formverletzung vor, als wenn der Erblasser die Form nicht beobachtet. Die Möglichkeit, eine Willensauslegung zu eröffnen, die dahin führt, daß der Erblasser seine vom Gesetz gewährte Verfügungsfreiheit durch die Bestimmung einschränken dürfe: der Widerruf solle nur unter dieser oder jener Form gelten, ist daher unzulässig. Die Meinung Dernburgs und Böhms [7]) hat daher in der Literatur auch keine weiteren Anhänger gefunden.

Zusammenfassend ist demnach zu sagen: Jede private Bindung des Widerrufswillens, vertragsmäßig oder einseitig, ist ausnahmslos ungültig, erfolgt sie in irgend einer Weise, so berechtigt sie doch zu keinen Schlüssen nach irgend welcher Richtung hin. Und wenn das BGB. das nicht ausdrücklich ausspricht, so kann doch die Prägnanz und klare Sicherheit des § 2253, 1 in Verbindung mit § 2302 darüber keinen Augenblick im Zweifel lassen.

§ 3.

Über die Berechtigung zum Widerruf (aus § 2253, 2).

Der Testamentswiderruf erscheint ebenso wie die Errichtung als ein Rechtsgeschäft, aus dessen Wirksamkeit Rechte und Pflichten der Mitwelt erwachsen. Allgemeine Voraussetzung ist daher Geschäftsfähigkeit. Während aber das r. R. an der vollkommenen Handlungsfähigkeit festhielt, hat das BGB., da dem Testament aus natürlichen Gründen eine besondere rechtliche Bedeutung zukommt, auch die Geschäftsfähigkeit als sog. Testierfähigkeit besonders und abweichend von der allgemeinen Geschäftsfähigkeit geregelt (§ 2229, 1 u. 2). Andererseits wieder herrscht darin Übereinstimmung, daß den wegen Verschwendung, Trunksucht und Geistesschwäche Entmündigten [1]) die Testierfähigkeit wie die Geschäftsfähigkeit entzogen ist (§ 2229, 3 und § 114). Zwar hatte der Entwurf I [2]) sich jeder Beschränkung enthalten, aber die Vorschrift (§ 2229, 3) wurde späterhin vom Bundesrat aufgenommen und unter Zustimmung des Reichstages zum Gesetz erhoben. Nicht anders entstand § 2253, 2, der die Regel der Entziehung der Testierfähigkeit wieder dahin einschränkt, daß der Entmündigte ein vor der Entmündigung errichtetes Testament wirksam widerrufen kann. [3])

Zweifellos ist zunächst, daß die Vorschrift sich nur auf die Widerrufsarten §§ 2254—2256 bezieht, da der Widerruf nach § 2258, 1 untrennbar mit einer positiven Verfügung verknüpft, und die Fähigkeit, positiv zu verfügen, dem Entmündigten im § 2229, 3 ja gerade genommen ist; wollte man diese dem Entmündigten durch Zulassung des Widerrufs nach § 2258, 1 wiedergeben, so würde der durch § 2229, 3 erstrebte Erfolg, einen unrechten Gebrauch der Testierbefugnis zu verhindern, gänzlich illusorisch gemacht. § 2253, 2 erscheint daher nicht schlechthin als Ausnahme von § 2229, 3, sondern nur insofern als eine Einschränkung, als ganz allgemein ein Testament zu errichten dem Entmündigten im § 2229, 3 versagt ist,

[7]) A. a. O.

[1]) Fortan sind unter „Entmündigte" stets die oben bezeichneten Personen zu verstehen.
[2]) § 1933 mit § 1912.
[3]) Das r. R. kannte diese Einschränkung nicht.

während § 2253, 2 den eine Testamentserrichtung erfordernden Widerruf (§ 2254) zuläßt.

Nicht zweifelsohne aber ist, ob das vor der Entwündigung errichtete Testament, das der Entmündigte widerrufen kann, positiven Inhalt haben muß, oder ob es auch lediglich einen Widerruf enthalten kann. Letzteres verneint Strohal[4]) mit folgender Begründung: Einen Widerruf nach der Entmündigung könne der Entmündigte nicht widerrufen. Der Widerruf des Entmündigten, der die Wiederherstellung des vor der Entmündigung errichteten positiven Testamentes zur Folge habe, sei daher unwiderruflich. § 2253, 2 aber besage gerade, daß der Entmündigte ein solches Testament widerrufen könne. Eine Gegenansicht müsse daher dahin führen, daß der Entmündigte entweder zweimal mit direkt entgegengesetztem Erfolg widerrufen oder ein vor der Entmündigung errichtetes positives Testament nicht widerrufen könne. Beides sei mit Wortlaut und Absicht des § 2253, 2 unvereinbar.

Aber dieser Doppelmangel kann nicht anerkannt werden. Wenn Strohal sagt: Ein Entmündigter könne deswegen nicht ein Widerrufstestament widerrufen, weil die Folge sich nicht mit dem Wortlaut des § 2253, 2 vertrüge, so argumentiert er unter Außerachtlassung des nächst zu ziehenden Schlusses, nicht vorwärts-, sondern rückwärtsschließend und nicht unmittelbar, sondern mittelbar aus dem Gesetz durch argumentum e contrario. Denn im Gesetz steht schlechthin, daß die Entmündigung dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes nicht entgegenstehe, also einziges Erfordernis ist, daß es vor der Entmündigung errichtet ist. Daraus geht vor allem zuerst hervor, daß auch ein Widerrufstestament der Entmündigte widerrufen kann. Das ist der erste Schluß, der gezogen werden muß dem Wortlaut nach, denn er ist unmittelbar und vorwärtsschließend, im Einklang mit dem Wortlaut des § 2253, 2. Es liegt daher kein Grund vor, diesen Schluß zu überspringen, sondern man muß vielmehr zunächst versuchen, auf ihn gestützt auch die Folgen mit dem Gesetzestext in Einklang zu bringen. Die Folge aber ist, daß das erste Testament wiederhergestellt wird. Dieses Testament war vor der Entmündigung errichtet, ein solches kann nach dem Wortlaut des Gesetzes widerrufen werden, also kann auch dieses wiederhergestellte Testament widerrufen werden. Wieder ist dieser Schluß unmittelbar und steht dem Wortlaut nicht entgegen, denn das Gesetz sagt nicht, daß nur ein einziges vor der Entmündigung errichtetes Testament widerrufen werden kann.[5]) Allein jetzt hält Strohal entgegen: Die Wirkung dieses Widerrufs ist dieselbe, die der Widerruf des nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs zeitigt, und da aus dem Gesetz folgt, daß der Widerruf des Entmündigten von seiten des Entmündigten unwiderruflich ist, so würde erreicht, was gerade das Gesetz durch die Unwiderruflichkeit des nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs vermieden wissen wollte. Dem ist zu erwidern: An und für sich sind zwei in sich abgeschlossene selbständige Testamente vorhanden, das eine vor, das andere nach der Entmündigung errichtet. Äußerlich steht also nichts im Wege, daß der Entmündigte jenes widerrufen, dieses nicht widerrufen kann. Es kommt daher auf die Absicht an, die den Gesetzgeber bestimmte, den Widerruf des nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs dem Entmündigten nicht zu gestatten. Steht diese im Widerspruch mit der aus dem Widerruf des vor der Entmündigung errichteten und nach der Entmündigung wiederhergestellten Testamentes

[4]) § 42 II Anm. 3.
[5]) So im Ergebnis: Planck, Bem IV zu § 2253; Cosack § 358 I 1 b; Staudinger, Bem 2 Abs. 3 zu §§ 2253—58; Dernburg, 5 § 39 III Abs. 5.

sich ergebenden Wirkung, so wäre allerdings ein Konflikt vorhanden, dessen Lösung nach der hier vertretenen Ansicht unmöglich ist.

Um die Absicht, die den Gesetzgeber bei Aufstellung des § 2253, 2 leitete, zu erforschen, muß man notgedrungen auf den gleichzeitig aufgenommenen § 2229, 3 zurückgehen. Mommsen[6]) hatte in einem Entwurf über das Erbrecht den Vorschlag gemacht, dem entmündigten Verschwender die Testierfähigkeit zu entziehen, um einen Mißbrauch seines Rechtes gegenüber seinen gesetzlichen Erben oder denen, die ihn entmündigt haben, zu verhüten. Aus solchen Erwägungen heraus hatte dann der Bundesrat § 2229, 3 aufgenommen mit Ausdehnung auf Trunksüchtige und Geistesschwache. Indem der Bundesrat aber gleichzeitig auch § 2253, 2 aufnahm, gab er zu erkennen, daß er bei einem Widerruf der genannten Entmündigten einen unrichtigen Gebrauch des Testierrechtes nicht fürchtete. Wenn daher Rüger[7]) meint, der Widerruf sei eine letztwillige Verfügung, damit stünde nicht im Einklang, daß dieser auch entmündigten Personen gestattet sei, so verkennt er sowohl die Bedeutung des § 2229, 3 als § 2253, 2. Nicht deswegen ist die Testierfähigkeit dem Entmündigten genommen, weil das Testament eine letztwillige Verfügung, ein Rechtsgeschäft ist. Das Testament ist ein besonderes Rechtsgeschäft, unabhängig von den allgemeinen Regeln geregelt. Denn es erfordert naturgemäß nicht dieselbe strenge Behandlung wie die Rechtsgeschäfte unter Lebenden, bei denen die Verkehrssicherheit eine entscheidende Rolle spielt, und nur insoweit tritt eine Beschränkung des letzten Willens ein, als dessen Aufrechterhaltung zu offenbarem Schaden des Staates oder der Familie führt. Ungeachtet ob eine Verfügung letztwillig ist, ist sie daher dem Entmündigten überall dort gestattet, wo ein Mißbrauch ausgeschlossen.[8])

Aber daß das für den Widerruf zutreffe, ist nun andererseits in der Literatur bestritten worden. Frommhold[9]) behauptet zunächst allgemein, um einen Mißbrauch, d. h. unberechtigte Benachteiligung der gesetzlichen Erben zu verhüten, benötige man nicht das Widerrufsrecht, da ja der Entmündigte kein Testament errichten könne. Aber das Widerrufsrecht ist am Platze für ein vor der Entmündigung errichtetes Testament. Daß der Entmündigte auch hier schon zum Nachteil seiner gesetzlichen Erben testiert haben kann, liegt auf der Hand. Denn der Entmündigte ist nicht nur zur Zeit und nach der Entmündigung, sondern auch schon vorher trunksüchtig, verschwenderisch oder geistesschwach und unterliegt allen Einflüssen, gerade weil er in solchem Zustande *ist*, darum *wird* er entmündigt. Des weiteren aber wird von Frommhold in Übereinstimmung mit Endemann[10]) gesagt, daß das Widerrufsrecht gerade im Gegensatz zu der Möglichkeit, die gesetzliche Erbfolge wieder herzustellen, die Möglichkeit des Mißbrauchs von seiten des Entmündigten gewährt. Das ist aber ganz und gar nicht einzusehen.

Ist nur ein einziges Testament vor der Entmündigung errichtet worden, so hat der Widerruf das Wiedereintreten der gesetzlichen Erbfolge zur Folge; war daher wirklich dieses Testament unter Einfluß dritter Personen errichtet, so hat der entmündigte Erblasser es nur in der Hand, die Lage der zu Unrecht Geschmälerten zu verbessern.

Aber auch dann, wenn zwei positive Verfügungen vor der Entmündigung getroffen sind, ist ein Mißbrauch des Widerrufsrechts nicht gut denkbar. Widerruft der Erblasser, so wird durch den Widerruf zunächst

[6]) Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht § 164 Abs. 2, S. 250
[7]) Sächs. Arch. 9, S. 420.
[8]) Vgl. auch Prot. 5, S. 325.
[9]) Bem. 2 zu § 2253.
[10]) III § 50 Anm. 2.

das spätere Testament getroffen und das frühere wird wiederhergestellt. Nun ist aber einleuchtend, daß nicht sowohl der Inhalt eines früheren Testamentes unter dem Zustand, der die Entmündigung zur Folge hatte, bestimmt wird, sondern viel eher das spätere Testament, das der Entmündigung zeitlich näher liegt. Diese Annahme ist natürlich und gegeben. In der Regel wird also stets auch hier der Widerruf dazu dienen, die Folgen eines unrichtigen Gebrauches der Testierbefugnis zu beseitigen.[10a]) Daß unter Umständen auch einmal ein Fall vorkommen kann, wo z. B. der trunksüchtige Erblasser erst zu Gunsten der Genossen seines Lebenswandels testiert, im Augenblick der Reue seine Bestimmung aber wieder widerruft, so daß er es nun nach seiner Entmündigung in der Hand hat, aus Rache gegen die Antragsteller durch Widerruf die erste zuungunsten der gesetzlichen Erben getroffene Verfügung wieder zur Geltung zu bringen, soll nicht bestritten werden;[11]) aber darf ein solcher Ausnahmefall dazu führen, die regelfällige Möglichkeit, ein einst unter schlechter Beeinflussung entstandenes Testament aufzuheben, dem Entmündigten abzuschneiden? Und meistens wird der Erblasser, wenigstens wenn er wegen Verschwendung und Trunksucht entmündigt wird, unter dem heilsamen Einfluß eines wieder geregelten Lebens auch dahin kommen, sein durch seine Verfügung schlecht vergabtes Vermögen zu besserem Nutzen verwenden zu wollen. Der Geistesschwache aber wird weiter der Beeinflussung unterliegen und die natürlichen Erben haben es fortan in der Hand, das zu Unrecht entzogene Vermögen wiederzugewinnen.[12]) Man kann also von einer Inkonsequenz[13]) des § 2253, 2 gegenüber § 2229, 3 schlechterdings nicht reden, und wenn man in der Wiederherstellung einer jeden positiven letztwilligen Verfügung einen Vorgang sieht, den § 2229, 3 verhindern wollte,[14]) so ist der entscheidende Schwerpunkt übersehen. Nicht weil eine Verfügung positiv ist, hat man dem Entmündigten im § 2229, 3 das Recht, positiv zu verfügen, genommen, sondern weil ihm das Recht die Möglichkeit gibt, jederzeit beliebig positiv zu verfügen, denn erst durch dieses Moment entsteht die Gefahr eines Mißbrauchs. Diese Willkür aber scheidet infolge der eigenartigen Wiederherstellung einer positiven Verfügung gemäß §§ 2257, 2258, 2 gänzlich aus, der entmündigte Erblasser ist auf diese eine positive Verfügung beschränkt. Daß aber gerade der Inhalt dieser Verfügung einen Mißbrauch des Rechtes des Entmündigten darstellt, ist nach allem Ermessen, wie wir eben gesehen haben, als eine Ausnahmeerscheinung zu erachten.

Durch die Darlegung der Berechtigung der einschränkenden Bestimmung des § 2253, 2 aber wird verständlich, warum der Gesetzgeber den Widerruf des nach der Entmündigung erfolgten Widerrufs dem Entmündigten nicht gestatten wollte. Hat der Entmündigte wirklich eine mißbräuchliche Verfügung widerrufen, so ist er durch Zulassung des Widerrufs dieses Widerrufs in den Stand gesetzt, das zu Unrecht verfügende Testament wiederherzustellen, der durch § 2253, 2 gewollte und eben erreichte Zweck könnte also jederzeit wieder zerstört werden. Allein dieser Mißerfolg würde im Falle, daß der erste Widerruf vor der Entmündigung lediglich ein Widerruf wäre, nicht eintreten können, denn der erste

[10a]) Vgl. Küntzel in Gruch. 11, S. 598 f. Nr. 6.

[11]) Das kann dann zum Erfolg haben, daß die Bedachten aus Furcht vor Vermögensentziehung den Antrag auf Entmündigung nicht stellen, auch wenn sie im Interesse des Erblassers liegt. Dernburg, § 39 III, Anm. 4.

[12]) Vgl. Eck, Vortr. über das Recht des BGB. III § 25 Abs. 1 und Anm. 2: „Nur unvernünftige Erwägungen können auch hierbei eine Rolle spielen."

[13]) Frommhold, Endemann a. a. O. Kuhlenbeck III Bem. 2 zu § 2253; Hellwig, Die Vertr. auf Leistung an Dritte, S. 642 Anm. 327 a.

[14]) Kuhlenbeck a. a. O.

Widerruf hat ja die gesetzliche Erbfolge wieder eintreten lassen. Widerruft daher der Entmündigte das Testament, das nach der Entmündigung durch seinen Widerruf wiederhergestellt worden ist, so wird dadurch die Absicht, die den Gesetzgeber leitete, einen nach der Entmündigung erfolgten Widerruf während der Dauer der Entmündigung unwiderruflich zu machen, gar nicht berührt.

Mit dieser Feststellung ist das Endergebnis erreicht, das dahin lautet: Weder dem Wortlaut noch der Absicht des § 2253, 2 läuft es zuwider, daß der Entmündigte auch ein vor der Entmündigung errichtetes Testament widerruft, das lediglich einen Widerruf enthält. Der Entmündigte kann daher sehr wohl zwei letztwillige Verfügungen nach einander treffen, die sich inhaltlich vollständig gegenüberstehen.

Zur Bewirkung des Widerrufs nach §§ 2254—56 reicht demnach in allen Fällen im Gegensatz zu der im § 2229, 3 geforderten vollen oder positiven Testierfähigkeit die geminderte oder negative des § 2253, 2 aus.

Über die Widerrufsarten.

§ 4.

Allgemeine Bemerkungen.

Das r. R. wie das BGB. haben den Widerruf im Hinblick auf seine Bedeutung für die testamentarische wie gesetzliche Erbfolge an Formen geknüpft. Der Widerruf aber bedarf weiterhin im Interesse der Familie des Verfügenden sowie im Interesse Dritter und des Verkehrs überhaupt einer präzisen Feststellung. Um diese zu erleichtern und mit größtmöglichster Sicherheit zu gewinnen und gleichzeitig andererseits einer unüberlegten Wiederaufhebung vorzubeugen, dient die gesetzlich begrenzte Äußerungsmöglichkeit des Widerrufs letztwilliger Verfügungen.

§ 5.

Widerruf durch Errichtung eines neuen Testamentes.

Weitab von den jetzigen Formen des Widerrufs liegt das ältere r. R. Es kannte nur eine einzige Widerrufsmöglichkeit — die Errichtung eines neuen Testamentes. Solange ein Testament nur in einer einzigen Form, publizistisch, errichtet werden konnte, war auch diese Form die einzige Form zur Erklärung der Willensänderung. Als später das Privattestament sich entwickelte und neben dem öffentlichen mit gleicher Kraft stand, war auch jene die gegebene Form des Widerrufs. Das neue Testament hob das alte ipso iure auf, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt, allein kraft seiner Existenz. Es war dies eine notwendige Folge der römischrechtlichen Erbfolgeform. Der Grundsatz der Ausschließlichkeit der testamentarischen Berufung [1]) machte ein Sukzedieren des erstberufenen Erben in die Erbschaft unmöglich, mit dessen Fortfall aber entfiel das ganze Testament, denn die Erbeseinsetzung war ein essentiale des römischen Testaments. Diese Folge war so rechtsnotwendig, daß nicht nur ein Widerruf völlig

[1]) Nemo ex paganis pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Vgl.: L. 39 D. 29, 2. L. 7 D. 50, 17.

bedeutungslos blieb, sondern auch eine ausdrückliche[2]) Erklärung im zweiten Testament, das frühere solle gültig bleiben, nur die Wirkung haben konnte, daß die früheren Anordnungen fideikommissarisch fortbestanden. Das zweite Testament hob also das erste auf durch seine Existenz. Voraussetzung war demnach, daß es rechtsgültig vorhanden war, d. h. der Erblasser mußte die testamenti factio activa (vollkommene Handlungsfähigkeit), der Eingesetzte die testamenti factio passiva (Vermögensfähigkeit) besitzen. Dazu kam die Beobachtung der für Testamente vorgeschriebenen Formen. Fehlte eins dieser Erfordernisse, so war das Testament von Anfang an ungültig und konnte auch keine vernichtende Kraft haben. Von diesem Satz gab es eine Ausnahme, das sog. testamentum imperfectum. Die Voraussetzungen waren ganz bestimmte: Im ersten rechtsgültigen Testament waren keine Intestaterben eingesetzt, wohl aber im zweiten, jedoch waren hier die Solemnitäten aus irgend einem Umstande nicht vollendet. Konnte in diesem Fall der Inhalt des zweiten Testamentes von fünf Zeugen eidlich bekräftigt werden, so hatte trotz der fehlenden Form das zweite Testament aufhebende Wirkung.[3])

Aus der vernichtenden Kraft des zweiten Testamentes erklärt es sich, daß das erste Testament selbst dann nicht wieder auflebte, wenn das zweite späterhin nicht wirksam werden konnte, z. B. der Erbe stirbt vor dem Erbfall oder die gesetzte Bedingung trifft nicht ein, oder überhaupt seine Gültigkeit verliert, z. B. es wird zerstört. Jedoch auch hier gab es eine wichtige Ausnahme. Hatte der Erblasser das zweite Testament vernichtet in der erklärten Absicht, das erste Testament solle wieder gelten, so gab der Prätor dem im ersten Testament Eingesetzten eine wirksame bonorum possessio sec. tab.[4])

Da das r. R. ein Nebeneinanderbestehen mehrerer Testamente nicht kannte, so galten mehrere Testamente, wenn sie gleichzeitig solemnisiert waren, als ein Testament.[5]) Ebenso, wenn sich die Zeit der Errichtung nicht ermitteln ließ, denn der Entscheidung Ulpians[6]) — supremum utrumque accipiemus — lag die Erwägung zugrunde, daß sich eben nicht ermitteln ließ, welches das erste und welches das letzte wäre; darum konnte die Regel, daß das spätere Testament das frühere aufhob, nicht zur Anwendung kommen, und die Auslegung geschah nun dem Willen des Erblassers mehr entsprechend ad favorem testamenti.[7])

Abgesehen von den erwähnten Modifikationen der Regel, daß das spätere Testament die früheren Dispositionen vollständig aufhebt, gibt es im r. R. eine absolute Ausnahme,[8]) das Soldatentestament. Dieses hob eine frühere Disposition nicht durch seine Existenz, sondern nur insoweit auf, als der Soldat die erste Verfügung im einzelnen hatte aufheben wollen. Die Wirkung seines Testamentes wurde also lediglich durch seinen erklärten oder präsumtiven Willen bestimmt. Daher konnte er pro parte

[2]) Es herrscht Streit darüber, ob eine stillschweigende Erklärung, z. B. aus der Erbeseinsetzung auf eine bestimmte Summe. Dieser Meinung u. a. Windscheid § 565 Anm. 2; Vering S. 162 zu Anm. 5; a. M.: v. Vangerow II § 460 II Abs. 1.
Vgl.: L. 12 § 1 D. 28, 3.

[3]) 1. 2 D. 28, 2. 1. 21 § C. 6, 23. Wie jedoch die zweite Verfügung gelten sollte, ob als besonderer letzter Wille des Erblassers, daß er at intestato beerbt werden sollte, oder als Testament, oder als Intestatkodizill, darüber herrscht unter den Pandektisten große Meinungsverschiedenheit. Für erstere Ansicht Koeppen § 85, 2 2 a. S. 571; Brinz § 377 S. 99 Anm. 11; für die zweite Mühlenbruch Bd. 38, S. 364 ff.; für die letzte besonders Windscheid § 565 Anm. 6; v. Vangerow § 460 II 1, S. 205.

[4]) 1. 11 § 2 D. 37, 11 vgl. Windscheid a. a. O., Anm. 7; Koeppen a. a. O., Anm. 5.

[5]) 1. 1 § 6 D. 37, 11.

[6]) Siehe Anm. 5.

[7]) So übereinstimmend Windscheid a. a. O., Anm. 9; Mühlenbruch a. a. O., S. 480 ff., 486 ff.; Koeppen a. a. O., Anm. 1, S. 570; Vering a. a. O., S. 165 Anm. 1; Sintenis III § 179 Anm. 42; a. M.: v. Vangerow II 5, S. 207 iura singularia seien strikte zu interpretieren.

[8]) Sie gilt daher für alle Widerrufsarten.

testatus, pro parte intestatus versterben, er konnte aus mehreren Testamenten beerbt werden, m. a. W. es hatte Rechtswirkung, was der Soldat wollte.[9])

Wie verhält sich zu diesen kurz dargelegten Rechtsgrundsätzen des r. R. das BGB.? § 2258, 1 entspricht dem alten römischen Widerruf eines Testamentes. Seine Anwendung setzt eine neue Testamentserrichtung voraus, in der das frühere Testament mit keinem Worte — sei es aufrecht erhaltend oder widerrufend — erwähnt zu sein braucht. Jedoch das frühere Testament wird nur „insoweit" aufgehoben, als es mit dem späteren im „Widerspruch" steht (§ 2258, 1).[10]) Steht daher das frühere ganz im Widerspruch mit dem späteren, so wird erstes ganz aufgehoben, soweit das nicht der Fall, bleibt das frühere unverändert aufrecht. Es können demnach mehrere Testamente nebeneinander bestehen.[11]) Dieser auffallende Gegensatz zum r. R. ist jedoch nur folgerichtig, denn weder kennt das BGB. mehr eine testamentarische Sukzession in die ganze Erbschaft, noch das Erfordernis des Testamentes, die Erbeinsetzung.

Ob und inwieweit das frühere Testament bestehen bleibt, hängt nach dem Gesetz davon ab, ob und inwieweit ein Widerspruch besteht. Um letzteren festzustellen aber sind wieder die beiden Testamente ihrem Inhalte nach zu vergleichen. Wie aber das zu geschehen hat, darüber ist man sich in der Literatur keineswegs einig. Cosack[12]) will die Untersuchung auf eine aus dem Wortsinn sich ergebende Unvereinbarkeit beschränken, denn nur unter dieser Voraussetzung kann man zu dem Schlusse kommen, daß die Aufhebung „ohne Rücksicht auf die besonderen Absichten des Erblassers"[13]) erfolge. Allein auch dann, wenn man lediglich eine rein sachliche Unvereinbarkeit der beiden Verfügungen entscheidend sein lassen wollte, erscheint der Schluß nicht gerechtfertigt. Aus der Tatsache, daß der Erblasser wirklich eine Verfügung will, die mit einer früheren sachlich unvereinbar ist, ergibt sich, daß er die frühere Verfügung nicht mehr gewollt hat. Die Positive des Wollens der einen Verfügung entsteht nur auf der Basis der Negativen des Nichtwollens der andern Verfügung. Diese ist natürliche Voraussetzung, es sei denn, daß die Verfügungen nebeneinander bestehen können. Von dieser Regel gibt es nur eine Ausnahme, nämlich die, daß der Erblasser die spätere Verfügung traf, ohne an die frühere irgendwie zu denken. In diesem Falle sind zwei Möglichkeiten zu unterscheiden:

entweder der Erblasser hätte auch trotz des Bewußtsein von dem Bestehen der früheren Verfügung die spätere getroffen, dann entspricht die Aufhebung seinem Aufhebungswillen, der vorhanden gewesen wäre, wenn er an die frühere Verfügung gedacht hätte;[14])

oder der Erblasser hätte, wenn er sich der früheren Verfügung bewußt gewesen wäre, die spätere nicht getroffen. Hier ist das Sichnichterinnern die Voraussetzung der neuen Verfügung, nur daraufhin hat der Erblasser verfügt, weil er an seine frühere Verfügung gar nicht mehr dachte. In diesem einzigen Falle aber, wo die Aufhebung dem Aufhebungswillen widerspricht, unterliegt die Aufhebung der Anfechtung aus § 2078, 1.

[9]) 1. 15 § 1 D. 29, 1. 1. 19 pr. h. T. Diese singulären Begünstigungen wurden durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. 5. 1874 beseitigt. S. dort § 44.

[10]) Schon das pr. allg. L. Art. 1036 sowie das sächs. GB. § 2216 und ein hess. Entw. Art. 181 hatten den Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest verlassen, während das G. R. noch ganz auf röm. Boden fußte. Vgl. Windscheid § 565; M. V, S. 304 Anm. 1; Meischeider S. 518 ff.

[11]) M. V, S. 303.

[12]) § 358 II 1 d.

[13]) Cosack a. a. O.

[14]) In diesem Sinne sind wohl auch die Ausführungen Staudingers zu verstehen. Staudinger Bem. 2 Abs. 2 zu § 2258.

Es ist mithin auch hier Vorsorge getroffen, daß der letzte Wille des Erblassers gewahrt bleibt. Man kann daher in keinem Falle sagen, daß die Aufhebung ohne Rücksicht auf die Absichten des Erblassers erfolgt.

Aus dem Gesagten, daß das Primäre der Wille, die Absicht des Erblassers ist, aber geht weiter hervor, daß eine aus dem Wortlaut sich ergebende Unvereinbarkeit der beiden Testamente nur dazu dienen soll, den letzten Willen festzustellen. Diese Festlegung aber muß dahin leiten, der Erforschung des wahren Willens alle Mittel zur Verfügung zu stellen. Dennoch hat man eine Fassung des späteren Testamentes verlangt, die in gesetzlich einwandfreier Weise die Aufhebung zum Ausdruck bringe.[15]) Oder man hat die Untersuchung und Entscheidung der Frage, ob ein Widerspruch vorliege, von einer klaren und unzweideutigen Worterklärung des Erblassers abhängig gemacht.[16]) Dazu muß man sagen: gewiß ist es besser, wenn der Erblasser sich immer ausdrücklich über nicht gewollte Wirkungen[16a]) erklären wollte, um jegliche Zweifel zu vermeiden,[17]) aber dieser Wunsch darf zu keiner Mußforderung werden. Hat einmal der Staat in ausgedehntem Maße die Aufrechterhaltung des letzten Willens gewährleistet, so hat er auch die Pflicht, mit besonderer Sorgfalt nachzuspüren den Absichten des Erblassers und nicht Abstand zu nehmen aus Besorgnis vor falscher Fährte. Es ist besser, einmal zu einem unrichtigen Resultat zu gelangen, als des öfteren aus mangelnder Bemühung dem wahren Willen des Erblassers nicht zu entsprechen. Wollte man sich z. B. an den klaren Wortsinn halten, so wäre ein Widerspruch nur dann anzunehmen, wenn er offenkundig ist, und man müßte von irgend welcher Auslegung überhaupt ganz absehen. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Verfahren zu großen Ungerechtigkeiten führen und in Wahrheit dem Testamentswillen selten entsprechen würde. Das eigenhändige Testament spielt eine große Rolle. Wie oft ist ein Erblasser nicht fähig, seine wirklichen Absichten auszudrücken, keiner steht ihm beratend zur Seite,[18]) und ist es andererseits nicht sehr wohl möglich, daß der Erblasser Gedanken entwickelt und Absichten, die zwischen den Zeilen stehen? Aus alledem ist ersichtlich, daß der Widerspruch entdeckt, aufgedeckt sein will. Wie das zu machen ist im einzelnen Fall, kann nur der einzelne Fall lehren, und ist der richterlichen Würdigung überlassen.[19]) Andererseits handelt es sich nur um die Testamentsurkunde; nur was aus ihr herzuleiten ist, darf Gegenstand der Interpretation werden, nicht etwa irgendwelche Umstände, die derart außerhalb der Urkunde liegen, daß von dem Inhalt der Testamentsurkunde aus irgendwelche Anhaltspunkte für eine Beeinflussung auf sie nicht zu gewinnen sind.[20]) Denn es ist ja selten festzustellen, ob sie so, wie sie nach dem Tode des Erblassers gerade dargestellt werden, wirklich gelegen haben, und wenn schon, so doch nicht, welche Ursachen diese Umstände wieder gezeitigt haben, so daß man mit Sicherheit schließen könnte, ob sie in irgend einem Zusammenhang mit dem Inhalt des Testaments stehen und in welchem.

Innerhalb der bezeichneten Grenzen aber mag die Auslegung freie Bahn haben; in diesem Sinne sind die Motive[21]) zu verstehen, die den aus

[15]) Endemann § 24, Ziff. 5, S. 106.
[16]) Entsch. d. OLG. Bamberg in Z. f. R.-Pflege in Bayern 1907, S. 374/85 Abs. 3; dawider das RG., das. 1908, S. 182. Vgl. auch Entsch. d. F. G. Bd. 9, S. 85 ff., S. 87.
[16a]) Endemann a. a. O.
[17]) Dernburg § 40 II Abs. 1, S. 110.
[18]) Ein vorzügliches Beispiel s. Strohal S. 312 Anm. 5 a
[19]) Hauptrichtlinien aber lassen sich auch hier ziehen. Vgl. dazu Heinsheimer mit Erläuterungen an Beispielen. D. JZ. 06, S. 796 ff.
[20]) Entgegen: Heinsheimer a. a. O., der auch auf mündliche Äußerungen des Erblassers und persönliche Beziehungen zum Bedachten entscheidenden Wert legen will.
[21]) M. V, S. 304.

den Umständen zu ermittelnden Willen stets maßgebend sein lassen wollen und im Einklang damit steht auch der Gesetzestext des § 2258, 1, dessen Fassung die Feststellung eines Widerspruchs keineswegs auf den Wortlaut des zweiten Testaments beschränkt.[22])

Sollte nun der Erblasser, obgleich sich innerhalb der gegebenen Auslegungsgrenzen ein Widerspruch nicht feststellen ließe, dennoch die Absicht gehabt haben, mit der Errichtung des späteren seine frühere Verfügung aufzuheben, so wird dieser allerdings keine Rechnung getragen. In diesem Sinne wird auf die besonderen Absichten des Erblassers keine Rücksicht genommen. Das ist aber keine Besonderheit des § 2258, 1, sondern bei allen anderen Widerrufsarten auch der Fall. Wenn der Erblasser die vom Gesetz geforderten Ausdrucksmerkmale zur Feststellung des letzten Willens überhaupt nicht beachtet, so beachtet das Gesetz seinerseits nicht die Widerrufsabsicht. Man mag darin eine gewisse Härte sehen, sie ist geboten, um eine klare und sichere Feststellung des letzten Willens überhaupt zu ermöglichen.

Wir haben gesehen: Das r. R. läßt für die Aufhebung des früheren Testaments die Existenz, das BGB. den Inhalt des späteren entscheidend sein, das r. R. genießt dadurch den Vorzug der Einfachheit, während im BGB. im einzelnen Falle um so präziser der wahre letzte Wille zur Geltung gebracht werden kann.

---

§ 5a.

Die Voraussetzungen der Aufhebung im einzelnen.

Wie im r. R., so ist auch im BGB. Voraussetzung der Aufhebung die Gültigkeit des zweiten Testamentes.[23]) [24]) Existiert es von Anfang an nicht, so kann auch der Inhalt keine Rechtswirkung erzeugen, die frühere Verfügung bleibt gültig.

Zunächst muß der Erblasser testierfähig sein.[25]) er darf nicht unter 16 Jahre sein (§ 2229, 2), noch nach § 104, 2 u. 3 geschäftsunfähig, ebenso dürfen auf ihn nicht die Voraussetzungen des § 105, 2 zutreffen. Die sonst für den Widerruf gewährte Erleichterung (§ 2253, 2) kann nicht statthaben, da hier der Widerruf untrennbar verknüpft ist mit einer neuen positiven Verfügung,[26]) für deren Errichtung ausnahmslos § 2229, 3 gilt. Würde also ein nach § 2253, 2 Entmündigter ein Testament errichten, das § 2258, 1 entspräche, so wäre das gänzlich bedeutungslos und das erste bliebe unverändert in Kraft.

Ferner hängt die Gültigkeit des Testamentes von der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen ab, die sich gleichwertig in ordentliche — öffentliche und private (§ 2231 Nr. 1 u. 2) — und außerordentliche (§§ 2249—51) scheiden. Letztere gelten jedoch nur dann, soweit die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Fehlt irgend ein Erfordernis, so werden stets sämtliche Verfügungen nichtig, irgend welche Ausnahmen macht das BGB. im Gegensatz zum r. R.[27]) nicht. Da die in § 2258, 1 geschaffene Möglichkeit der Aufhebung ausnahmslos für alle

[22]) Planck Bem. 1 Abs. 2 zu § 2258. Staudinger, Bem. 2 Abs. 2 zu § 2258.

[23]) Bei den folgenden Erörterungen ist ohne jedesmalige ausdrückliche Erwähnung vorausgesetzt, daß zwei Testamente vorliegen, von denen das zweite ganz oder teilweise mit dem ersten im Widerspruch steht. Es handelt sich daher zunächst um die Wirksamkeit des zweiten Testamentes.

[24]) Dernburg, § 40 II Abs. 3; Planck, Bem. II zu § 2258; Endemann 3 § 50, 2 Anm. 3.

[25]) Es genügt, wenn sie zur Zeit der Errichtung vorhanden, späterer Verlust ist bedeutungslos. Aud. r. R. testamentum irritum; Dernburg. Pand. III § 93 2 a.

[26]) Vgl. Erörterungen S. 21.

[27]) S. Erörterungen S. 34.

Testamente eine zweite Testamentserrichtung voraussetzt, so ist einleuchtend, daß auch ein eigenhändiges Testament nur durch ein zweites Testament aufgehoben werden kann, also irgend welche Änderungen im eigenhändigen Testament nicht genügen. Bevor wir uns aber auf Erörterungen über die Folge dieses Satzes einlassen, müssen wir uns über seinen sachlichen Umfang klar werden. Was versteht man unter „Änderungen"? Die Änderungen können zweifacher Art sein, negative und positive. Die ersteren, z. B. Durchstreichung, Radierung, die zweifellos nur aufhebend wirken, sind behandelt unter § 2255, 1, die letzteren sollen unter dem gemeinsamen Begriff „Zusätze" gefaßt werden.[28]) Die Zusätze lassen sich nun, wie der übergeordnete Begriff „Änderungen" in zwei Gruppen sondern, selbständige und abhängige,[29]) Entscheidend für die Feststellung ist der Inhalt des Testaments. Danach sind unter letzteren nicht nur die Zusätze zu verstehen, die nur rein äußerlich eine Änderung des Textes darstellen, z. B. eine orthographische Richtigstellung des Namens des Bedachten, sondern auch alle, die den Inhalt des Testamentes erklären oder erläutern, z. B. ich schreibe im eigenhändigen Testament: Mein Vermögen beträgt Mk. 10 000, davon sollen A und B jeder die Hälfte haben. Es folgt Datum, Ort und Unterschrift. Und später füge ich hinzu am Rande[30]): Und zwar A aus meiner Hypothek, B aus meinen übrigen Vermögenswerten.

Hier bildet der gedankliche Inhalt der Zusätze nichts weiter als eine erklärende Fortsetzung des Testamentsinhalts innerhalb der durch den Testamentsinhalt gesteckten Grenzen. Daß solche Zusätze infolge ihrer Abhängigkeit vom Testamentsinhalt niemals aufhebend wirken können, liegt auf der Hand.[31]) Sie scheiden daher für unsere Betrachtung aus.

Was nun die selbständigen Zusätze angeht, losgelöst vom Inhalt des Testaments, so können diese sehr wohl das Testament in irgend einer Art aufheben, denn in dem Begriffe der Selbständigkeit liegt, daß sie auch in Widerspruch treten können mit dem Inhalt des Testamentes. Ob das dann tatsächlich der Fall ist, ist ohne Belang, denn § 2258, 1 verlangt für Bestimmungen, die die Möglichkeit der Aufhebung in sich tragen, ein neues Testament. Man darf sich also bei der Prüfung des eigenhändigen Testamentes nicht dadurch täuschen lassen, daß tatsächlich die Zusätze keinen Widerspruch erzeugen. Durch solche Feststellungen ist nichts für oder wider die Gültigkeit der Zusätze gesagt. Danach gelangt man zu folgendem Satz: Selbständige positive Bestimmungen bedürfen gem. § 2258, 1 der Testamentsform, sie haben also im eigenhändigen Testament als Zusätze keine rechtliche Geltung.[32]) Dieser Satz steht unverkennbar fest, ebenso unverkennbar aber sind die Schwierigkeiten, die die praktische Durchführung dieses Satzes zeitigt. Hat man ein eigenhändiges Testament mit selbständigen Zusätzen innerhalb des Textes vor sich, wer möchte

[28]) Zusatz bedeutet daher hier nicht jede bloße Wortvermehrung, denn ihr Inhalt kann ja rein verneinend sein, aber auch nicht lediglich eine Inhaltsvermehrung. Vgl. die folgenden Erörterungen.

[29]) Änderungen

negative — positive (Zusätze)

selbständige — abhängige.

[30]) Selbstverständlich gedeckt von Datum und Unterschrift, nur von solchen Änderungen ist überhaupt die Rede. Änderungen „im" eigenhändigen Testament.

[31]) Die Zulässigkeit dieser Zusätze wird in der Literatur zweifellos bejaht. So u. a. Planck, Bem. II 5 Abs. 3 zu § 2231; Staudinger, Bem. V d zu § 2231. Verneinend: Mantey im „Recht" 06, S. 555. M. E. sind sie zulässig, p. arg. e contr. aus § 2258, 1. Auch wird dadurch einem praktischen Bedürfnis genügt.

[32]) Planck, Bem. 2 zu § 2258; Cosack, § 358 II 1 c; Staudinger, Bem. 1 zu § 2258; Dernburg, § 30 I Abs. 3 1. Satz; Mantey, a. a. O.

mit Sicherheit entscheiden, wann sie erfolgt sind? Davon hängt aber andererseits die Gültigkeit der Zusätze ab, denn wenn sie noch vor der Unterschrift und Datierung geschrieben sind, so war ja das Testament noch garnicht fertiggestellt, es war noch kein Testament, sondern nur ein Entwurf, und in diesem sind Änderungen jedweder Art gestattet. Die Feststellungsschwierigkeit wird nun dadurch hervorgerufen, daß das Gesetz sowohl ein zusammenhängendes Niederschreiben des Testamentes nicht fordert, wie eine bestimmte Reihenfolge seiner einzelnen Abschnitte.[33]) Das sagt zwar das Gesetz nicht ausdrücklich, vielmehr schweigt es, und man könnte aus § 2231 Nr. 2 sogar das Gegenteil herauslesen, indem man argumentiert: aus dem Verlangen der Angabe des Ortes und Tages gehe hervor, daß das Testament nur an einem Ort und an einem Tage geschrieben sein dürfe, und aus der Stellung der Worte „eigenhändig geschrieben und unterschrieben", daß der Testamentsinhalt erst geschrieben und dann unterschrieben sein müsse. Mögen die Folgerungen an und für sich natürlich sein und der Regel entsprechen, mögen sie die Formulation des Textes beeinflußt haben, man kann sie nicht zu gesetzlichen Forderungen erheben. Denn eine praktische Durchführung wäre undenkbar. Wollte daher der Gesetzgeber darauf beharren, so würde das nur eine bedeutende Schwächung der gesetzlichen Autorität zur Folge haben. Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber sich dem aussetzten wollte, es sei denn, daß durch ausdrückliche Bestimmung das Gegenteil erwiesen würde. Das ist hier nicht der Fall. In der Literatur ist denn auch von dem Erfordernis der unitas actus und von einer bestimmten Reihenfolge der einzelnen Testamentsabschnitte Abstand genommen worden.[34])

Die durch die gewährte Freiheit entstehende Schwierigkeit der erforderlichen zeitlichen Festlegung der Zusätze[35]) hat nun zu vielen Ausgleichungsversuchen geführt.

Man hat zunächst den wundesten Punkt des eigenhändigen Testamentes angegriffen, den Abschluß. Da sich jedoch der Satz, daß ein eigenhändiges Testament vollendet sei mit Vorhandensein seiner wesentlichen Erfordernisse — Testamentsinhalt, Ort, Datum und Unterschrift — nicht schlechthin leugnen ließ, so wurde eine Klausel angehängt: „Es sei denn, daß noch nachträglich Änderungen vorgenommen werden."[36]) Darunter sind nicht etwa nur die abhängigen Zusätze zu verstehen. Das erhellt aus der Schlußfolgerung, daß man von einem Abschluß des eigenhändigen Testamentes überhaupt nicht sprechen könne.[37]) Wollte man wirklich nur die abhängigen Zusätze treffen, so ist nicht zu verstehen, warum man einen Abschluß des Testamentes so ausdrücklich leugnet, und sich dadurch in Widerspruch zu Gesetz setzt, obgleich wenig oder gar keine Veranlassung dazu vorhanden. Denn gerade im Grunde genommen ist das

[33]) And. r. R. Durch die Gegenwart der Zeugen und nachfolgende Siegelung wurde die Einheit des Ortes, der Zeit und der Handlung gewährleistet. 1. 21 § 3 D. 28, 1. Vgl. Dernburg, Pand. III § 70. Spätere Zusätze waren daher nicht möglich.

[34]) Planck, Bem. II 5 Abs. 2 zu § 2231 und die dort zit.; Staudinger, Bem. V E zu § 2231; Dernburg, § 80 II Abs. 2; Hölder, Jher. Jahrb. 41, S. 314 ff.

[35]) Man erwäge die möglichen Beispiele: Der Erblasser schreibt seinen letzten Willen inhaltlich nieder ohne Beifügung von Ort, Datum und Unterschrift, und erst nach geraumer Zeit ändert er den Inhalt, datiert und unterschreibt; oder auch: er unterschreibt und datiert nur und erst später verfügt er oberhalb seiner Unterschrift. Daraus ergibt sich wieder das irritierende Moment, daß das Datum mit der Niederschrift des Textes nicht übereinzustimmen braucht. Vgl. Hölder, Jher. Jahrb. 41, S. 314 ff ; Strohal § 21 a II 9 c, S. 109, 110 und die Anm. 24 angeführte Literatur. Demgegenüber grundsätzlich ablehnend das RG. vgl. E. 7 S. 292, 43 S. 378, 51 S. 166 ff.

[36]) Staudinger, Bem. V d Abs. 2 zu § 2231; Planck, Bem. II 5 Abs. 2 zu § 2231.

[37]) Planck, Bem. II 5 Abs. 3 zu § 2231; Strohal a. a. O. S. 111 Anm. 28; Staudinger, Bem. V d Abs. 1 zu § 2231; s. auch die bezeichnende Bemerkung der „Besonderheit" beim eigenhändigen Testament. Bem. I Abs. 1 zu § 2258. Hölder a. a. O., S. 321.

Testament trotz späterer zulässiger Zusätze abgeschlossen, wenn die wesentlichen Erfordernisse vorliegen; der Abschluß ist ganz unabhängig von d i e s e n Zusätzen, weil sie abhängig sind von dem Inhalt des Testaments. Es ist ferner auffallend, daß man gerade hier, wo es auf eine möglichst präzise Ausdrucksweise so sehr ankam, sich mit dem allgemeinsten Ausdruck begnügte, wenn man nur bestimmte Änderungen gemeint hätte.[38]) Aus allem ist ersichtlich, die Verneinung des Testamentsabschlusses hat tieferen Grund. Es soll die Möglichkeit gewonnen werden, der Schwierigkeit festzustellen, wann die selbständigen Zusätze im Testament erfolgt sind, im gegebenen Fall zu begegnen. Denn wenn man jedesmal dort wo die Änderungen nicht genau bestimmt werden können, den Abschluß des Testaments bis auf den Zeitpunkt der Änderung verlegt, so erlangt man einen doppelten Vorteil: Die Überwindung der angedeuteten Schwierigkeit im Einklang mit dem Gesetz, denn das Gesetz gestattet nach dem Abschluß keine selbständigen Änderungen mehr.

Hölder[39]) hat denn auch offen ausgesprochen: Weil man dem eigenhändigen Testament den Zeitpunkt der Änderung nicht ansehen könne, darum sei es nachträglicher Änderungen fähig, und darum sei der Abschluß des Testaments jedesmal ungeschehen zu machen, wenn keine Änderung erfolgt.

Mag durch solches Hilfsmittel oft dem eigentlichen Willen des Erblassers entsprochen werden, wo steht das im Gesetz? Der Einklang mit dem Gesetz ist nur scheinbar, dadurch wird der gebotene Vorteil unannehmbar. Das Gesetz kennt nur e i n e n Testamentsabschluß, und zwar einen ganz bestimmten, der eintreten muß, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind;[40]) gerade beim eigenhändigen Testament muß der Gesetzgeber besonders genau verfahren, um den Gefahren der Willkür vorzubeugen. Danach ist der Abschluß das bleibende Moment, an dem sich alles zu richten und zu messen hat, auch die selbständigen Zusätze. Im gegnerischen Resultat ist es gerade umgekehrt. Hier richtet sich der Abschluß des Testaments nach seinen Änderungen. Er wird beliebig hin- und hergeschoben, ganz unabhängig vom Gesetzeswillen.

Wohl unbefriedigt von solchem Ergebnis hat man weiterhin versucht, einen Mittelweg einzuschlagen und im Falle selbständiger Zusätze im Text neue Unterschrift und Datum oder auch nur Datierung gefordert.[41]) Abgesehen davon, ob solches Verfahren zulässig ist, die Schwierigkeit wird dadurch nicht gehoben. Denn fehlt ein solcher Vermerk, so bleibt nach wie vor die Feststellungsaufgabe bestehen. Denn die Zusätze ohne Vermerk ungültig zu erklären, wäre deshalb nicht angängig, weil durch das Fehlen des Vermerks nicht erwiesen ist, daß sie nach Testamentsabschluß eingefügt sind, im Gegenteil, man könnte j e t z t sagen, da die Zusätze keinen Vermerk tragen, so ist anzunehmen, daß sie vor Testamentsabschluß erfolgt und daher gültig sind.

Und noch andere Wege sind genommen, Weißler[42]) hat entsprechend § 2258, 1 für die selbständigen Zusätze die Erfüllung aller Formerfordernisse verlangt, und dann erklärt, alles, was über der Unterschrift geschrieben, sei datiert und unterschrieben, eben durch einmal erfolgte Unterschrift. Das ist aber doch nichts weiter als ein Gewaltakt.

---

[38]) Vgl. Staudinger V d Abs. 1 zu § 2231 „spätere eigenhändige Zusätze und Änderungen". Strohal a. a. O., S. 111; „noch einiges". Daraus sowie aus Anm. 28 erhellt, daß auch Strohal keine bestimmten Änderungen im Auge hat.

[39]) A. a. O., S. 321.

[40]) S. § 2231 Nr. 2. Im Einklang damit steht § 2258, 1: Änderungen im Testament, wodurch der Abschluß bedeutungslos werden könnte, widerspricht seinem Gebot: neues Testament.

[41]) Dernburg, § 30 I Abs. 3, S. 75; Staudinger, V d Abs. 2 letzter Teil.

[42]) Nachlaßverfahren S. 158.

Zwar ist zugegeben, daß infolge der Bedeutungslosigkeit der Reihenfolge der einzelden Bestandteile des eigenhändigen Testaments das Datum nicht immer absolut der Zeit der Niederschrift des Inhaltes entsprechen kann, aber doch nur innerhalb bestimmter Zeitgrenzen, innerhalb der inhaltlichen und förmlichen Fertigstellung des Testamentes. Nach Weißlers Vorschlag würde ein eigenhändiges Testament allen Modifikationen unterliegen und damit gleichzeitig allen Verdächtigungen preisgegeben sein. Die gewährte Freiheit würde leichthin ausgebeutet, und der Glaube an die Vorteile des eigenhändigen Testaments schwinden.

Wie hat sich nun die Rechtsprechung zu unserer Frage verhalten? Es ist zunächst anerkannt, daß ein Testament abgeschlossen ist, wenn es mit den wesentlichen Erfordernissen versehen ist,[43]) und daß daher nachfolgende Zusätze, soweit sie den Testamentsinhalt wieder beseitigen können, nur in Form einer letztwilligen Verfügung möglich sind;[44]) diese gesetzlichen Formen aber will man unter Zuhilfenahme des bestehenden Testaments erfüllt sehen.[45]) M. E. ist auch das nicht angängig. Wie weit will man dann das alte Testament zur Unterstützung heranziehen? Wo sind die Grenzen? Man wird nicht umhin können, dann alles zur Benutzung zu gestatten, bis auf die Unterschrift.[46]) Wie kann man aber dann von einem neuen Testament sprechen? Vielleicht dem Inhalt nach. Denn eine kleine Änderung verwandelt unter Umständen das ganze Testament, aber doch nie der Form nach. Wie aber stimmt das mit Absicht und Voraussetzung des § 2258, 1? Gerade die Form soll neu sein und gerade deshalb, weil eine kleine Änderung dem ganzen Testament eine neue Gestalt geben kann. Und außerdem der Abs. 2 des § 2258 würde dadurch ganz illusorisch gemacht, denn mag man das veränderte Testament als ein neues oder als das alte ansehen, in keinem Falle ist eine Wiederherstellung der aufgehobenen Bestimmung denkbar. Sie sind also vernichtet, das aber ist nicht die Absicht des § 2258, 1, denn selbst wenn das ältere Testament durch das neuere völlig aufgehoben wird, so ist es nie nichtig, sondern es bleibt nur deshalb ohne Wirkung, weil seine Wirksamkeit nicht zur Ausführung kommen kann.[47]) Dawider läßt sich auch nicht die jederzeit mögliche tatsächliche Vernichtung des ersten Testaments anführen; hier ist allerdings eine Wiederherstellung nicht möglich, aber diese Tatsache ist ganz unabhängig von der zweiten Testamentserrichtung lediglich durch einen ganz neu hinzugetretenen Akt entstanden. Auch als „Teil" des alten Testamentes[48]) können nachträgliche Zusätze nie gültig sein.[49]) Die genannte Entscheidung unterscheidet dabei zwischen unmittelbaren und später hinzugesetzten Nachträgen. Nur erstere sollen gelten unter Nachweis des unmittelbaren Anschlusses. Wie aber will der geführt werden, da doch von dem Verfügenden selbst kein Aufschluß mehr erlangt werden kann? Und was heißt unmittelbarer Anschluß? Wo sind auch hier die Grenzen? Sicher müßte dann doch der Tag, den das Datum bezeichnet, zu nachträglichen Änderungen ausreichen, da die während dieses Zeitraums gemachten Zufügungen das Datum örtlich und zeitlich deckt.[50]) Man sieht, wie man sich bemühen mag, die aus dem Formerfordernis selbständiger Zusätze nach Testamentsabschluß sich ergebenden Feststellungsschwierigkeiten zu heben, zu be-

[43]) Rspr. d. OLG. Bd. 7, S. 362.
[44]) Rspr. d. OLG. Bd. 7, S. 362 die drei letzten Sätze, 10 S. 308, 12 S. 377.
[45]) Recht 1904, S. 284 Nr. 1307 Abs. 2.
[46]) So ist denn auch die Meinung der Rspr. siehe im Recht 1904, S. 284.
[47]) Vgl. Frommhold, Bem. 2 zu § 2258.
[48]) Rspr. d. OLG. Bd. 16, S. 50 ff.
[49]) Vgl. dazu Mantey im Recht 1906, S. 555, 556.
[50]) Dawider auch Rspr. OLG. Bd. 7, S. 362 viertletzter Satz.

friedigender Klarheit führen alle erörterten Meinungen nicht. Und sie können keine Lösung schaffen, denn eine Lösung ist unmöglich.[51])

Es liegt hier ein Zwiespalt vor, der dem Wesen des eigenhändigen Testamentes entspringt, und solange dieses bleibt, bleibt eine Lücke. Der Entwurf I[52]) hatte s. Zt. das eigenhändige Testament abgelehnt, weil es ungenügenden Schutz gegen Formmängel und Beeinflussungen gewähre. Die Wahrheit dieses Wortes zeigt sich hier. Durch die Zulassung wird die Beobachtung des im § 2258, 1 aufgestellten Formerfordernisses in der Regel unmöglich gemacht. Praktisch wird die Schwierigkeit allerdings nicht allzu oft empfunden werden, denn die Veränderungen werden meist vom Erblasser selbst vorgenommen sein und daher als seinen letzten Willen angesprochen werden können, und andererseits wird man nicht umhin können, in Ermangelung der Feststellbarkeit ihrer Ungültigkeit als gültig anzusehen.[53]) Weder dieses noch jenes Ergebnis aber darf dazu führen, die Formerfordernisse des Gesetzes (§§ 2231, 2 mit 2258, 1) weniger scharf zu präzisieren oder gar sie fallen zu lassen.[54]) Schon an und für sich bietet das eigenhändige Testament weil es ohne Zeugen errichtet werden kann, genug Gelegenheiten von Beeinflussungen aller Art. Die gesetzliche Sanktion gerade solcher Änderungen, die das Testament an seiner Wurzel fassen, würde noch mehr Gelegenheit dazu bieten und Fälschungen und Intriguen ihr Spiel erleichtern. Wird daher unter besonderen Umständen das Hinzufügen selbständiger Zusätze nach Testamentsabschluß erwiesen,[55]) so ist unerbittlich an ihrer Ungültigkeit festzuhalten. Auch aus anderem Grunde erscheint dies gerechtfertigt. Es ist keine große Mühewaltung, wenn der Erblasser seine ändernden Erklärungen statt zwischen das Testament zu flicken, einfach unter das fertige Testament schreibt und darunter das Datum und Namen. Um wieviel klarer wird ein solches Bild! Und da es überhaupt schon schwer ist, auf Grund von § 2258, 1 den Willen des Erblassers zu erforschen, weil er nicht immer in klarer Weise zum Ausdruck kommt, so sollte umsomehr an der Voraussetzung, die das Gesetz nun einmal verlangt, festzuhalten sein und nicht Zugeständnisse gemacht werden, die nur dazu führen, die erforderliche Sorgfalt bei letztwilligen Verfügungen zu mindern.

Außer dem erörterten Formerfordernis hängt endlich die Gültigkeit des aufhebenden Testamentes von Voraussetzungen ab, die sich auf den Inhalt beziehen.

Darüber ist folgendes auszuführen[56]): Vor allem soll bei letztwilligen Verfügungen der Wille des Erblassers Geltung haben. Dieser Forderung kann der Gesetzgeber umso umfassender gegenüber Rechtsgeschäften anderer Art nachkommen, als die letztwilligen Verfügungen keinen Verkehrsrücksichten unterliegen.[57]) Gleichwohl muß die Aufstellung eines ausschließlichen Willendogmas als tatsächlich und rechtlich undurchführbar von der Hand gewiesen werden. Daher ist zunächst ganz unabhängig von dem Willen des Erblassers eine jede letztwillige Verfügung, deren Inhalt gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten (§ 138) verstößt, nichtig.[58])

[51]) Vgl. Hölder a. a. O., S. 320.
[52]) M. V, S. 257, 258.
[53]) Darum die vielen Versuche, eine Zusammengehörigkeit der Änderungen mit dem Testament in ihrer ursprünglichen Gestalt herzustellen.
[54]) So bes. Hölder a. a. O., S. 321.
[55]) Vgl. etwa ein Beispiel Rspr. OLG. Bd. 10, S. 308.
[56]) Zu beachten ist, daß im Gegensatz zum Formmangel nicht der ganze Inhalt nichtig zu sein braucht, sondern nur einzelne Verfügungen. Dann sind die andern Verfügungen gültig vorbehaltlich des Gegenbeweises aus § 2085. Der Einfachheit halber ist fortan stets von der Ungültigkeit des ganzen Testamentes die Rede.
[57]) M. V, S. 45.
[58]) M. V, S. 60 (§ 1787 Abs. 2); Rspr. OLG. Bd. 10, S. 101 ff.; vgl. z. B. §§ 2263, 2302.

An diese Gruppe der Nichtigkeitsgründe reihen sich folgende drei Fälle:

1. Das Testament ist an eine unmöglich aufschiebende Bedingung geknüpft.[59]) Das BGB. sagt nichts ausdrücklich über unmögliche Bedingungen, und somit ist die Entscheidung der Frage der auslegenden Wissenschaft überlassen. Diese hat sie zunächst aus der Natur und dem Begriff der Bedingungen zu entnehmen. Mag man nun in dem zukünftigen unbestimmten Ereignis oder in der Bestimmung dieses Ereignisses selbst die Bedingung sehen, immer bleibt das das wesentliche, daß von dem Eintritt des Ereignisses die rechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung abhängt. Daher ist auch bei aufschiebenden letztwilligen Verfügungen die Bedingung nicht als eine selbständige, besonderer rechtlicher Behandlung unterliegende Nebenerklärung aufzufassen, sondern sie erscheint derart im inneren Zusammenhange mit der eigentlichen Verfügung, daß von ihrer Existenz überhaupt jede tatsächliche und rechtliche Änderung des bisherigen erbrechtlich festgelegten Zustandes abhängt. Daraus folgt: Ist das Eintreten der Bedingung von vornherein unmöglich, so kann die Verfügung nie wirksam werden, und da sie nie wirksam gewesen ist, so kann sie auch keine aufhebende Kraft beanspruchen. M. a. W. die Unmöglichkeit der Bedingung macht die Verfügung nichtig. Dem ließe sich entgegenstellen, daß die Bedingung ja gerade ein unbestimmtes Ereignis ist, ist sie von vornherein unmöglich, so entfällt das Merkmal, man kann daher die Bedeutung der Bedingung hier nicht mit Grund zur Geltung bringen. Jedoch für letztwillige Verfügungen kann die Einwendung nicht von durchschlagendem Erfolge sein. Allerdings ist objektiv der zur Bedingung gesetzte Umstand nicht mehr ungewiß, wohl aber für den Erblasser, und da die Eigenart der einseitigen Rechtslage eine besondere Betonung des Willens fordert, so soll man ihr folgen, wo immer es möglich ist, ohne in Widerspruch mit dem Gesetz zu treten. Dadurch aber, daß der Erblasser einen Umstand zur B e d i n g u n g setzt, gibt er zu erkennen, daß er nur für den Fall des Eintretens der Bedingung auch eine Wirksamkeit seiner Anordnungen eintreten lassen will. Er will also nicht nur seine früheren Verfügungen unverändert gelten lassen bis zum Eintritt der Bedingung, sondern rechnet auch mit der Möglichkeit, daß diese überhaupt nicht eintreten wird. Ob diese Möglichkeit nun erst später zur Tatsache wird oder schon bei der Errichtung der zweiten Verfügung Tatsache ist, ist für den Willen des Erblassers ganz unerheblich. In regelmäßiger Übereinstimmung mit dem Willen des Erblassers und unwidersprochen durch das Gesetz ist daher einer unter unmöglich aufschiebender Bedingung errichteten letztwilligen Verfügung jede aufhebende Kraft abzusprechen. Es ist vielmehr als ursprünglich unwirksam in die Nichtigkeitsfälle zu reihen.[60]) Voraussetzung ist dabei, daß a l l e einzelnen Verfügungen resp. Zuwendung unmöglich bedingt sind, ist das nicht der Fall, so haben die unbedingten natürlich volle rechtliche Gültigkeit und können aufhebend wirken, jedoch unter Zulassung des Beweises eines entgegenstehenden Willens des Erblassers aus § 2085.

2. Die aufschiebende Bedingung ist unerlaubt bezw. unsittlich.[61]) Der Wille des Erblassers geht dahin, daß mit dem Eintritt der Bedingung

[59]) Das r. R. ließ nach der von Justinian aufgenommenen Ansicht der Sabinianer stets eine solche Bedingung fallen wegen der favor testamenti. Das Testament war eine causa favorabilis und sollte daher nach Möglichkeit aufrecht erhalten werden. Eine unmögliche Bedingung galt deshalb stets als „pro non scripta" (l. 6 § 1 D. 35. 1) und die letztwillige Verfügung entsprechend als unbedingt. Die Folge war, daß ein früheres Testament stets hinfällig wurde. — l. 3 D. 35. 1 vgl. Dernburg Pand. 3 § 83, 4 Anm. 6.

[60]) Vgl. Planck. Bem. 2 zu § 2258; Dernburg. § 40 II Abs. 4. Die Aufrechterhaltung des Testaments im r. R. zeigt sich daher nur als favor testamenti, nicht testatoris.

[61]) Im r. R. galt auch diese als nicht zugefügt. Vgl. Dernburg, Pand. a. a. O.

das Testament wirksam wird und daher auch aufhebende Kraft dem ersten gegenüber haben soll. Hier wird nicht ohne weiteres gegen den Willen des Erblassers das Testament als nichtig zu erachten sein. Ist vielmehr nur der zur Bedingung gesetzte Umstand an sich unerlaubt oder unsittlich, ohne daß die Verfügung selbst in ihrer Wirkung derartig berührt wird, — und das ist sehr wohl möglich —[62]) so ist kein Grund einzusehen, warum man den testamentarischen Anordnungen Wirksamkeit nicht zugestehen sollte; wird durch die Bedingung jedoch die Verfügung selbst derartig in Mitleidenschaft gezogen, daß auch sie einen unsittlichen oder unerlaubten Charakter annimmt,[63]) so ist vom Rechtsstandpunkt aus auch den testamentarischen Anordnungen jegliche Wirksamkeit abzuschneiden, sodaß bei Eintritt der Bedingung selbst gegen den Willen des Erblassers seine Anordnungen wirkungslos bleiben. Die Frage, ob dann evtl. frühere trotzdem unverändert bestehen bleiben, wird ohne Rücksicht auf die Absicht des Erblassers zu bejahen sein, denn irgend ein rechtsgültiger Widerruf ist ja nicht erfolgt.[64])

3. Der eingesetzte Erbe ist z. Zt. der Einsetzung bereits gestorben Strohal[65]) will hier gegenüber der ursprünglichen Unwirksamkeit entscheidendes Gewicht auf den sich dokumentierenden Aufhebungswillen legen.[65a]) Allein der Wille des Erblassers kann doch immer nur dort vom Gesetz berücksichtigt werden, wo er sich in gesetzlicher Weise äußert. Das Gesetz knüpft Rechtsfolgen an Tatsachen, wo diese fehlen, kann keine rechtliche Veränderung vor sich gehen. Im gegebenen Fall wäre die Tatsache, an die sich die Rechtswirkung der Aufhebung knüpft, lediglich die Erbeseinsetzung im zweiten Testament. Die aber ist garnicht vorhanden, denn es ist eine Person eingesetzt, die nie Erbe werden kann. Das Gesetz ist hier an sich selbst gebunden und kann nicht über sich hinaus. Das ist zwar nirgends normiert,[66]) aber es folgt begrifflich aus dem Wesen des Rechts und muß daher auch für das Testamentsrecht gelten.[67]) Überdies ist es dem Erblasser ja leicht möglich, wenn er von dem Tode des Bedachten erfährt und demungeachtet den im ersten Testament Eingesetzten nicht zum Erben haben will, noch einmal zu widerrufen. Sollte er jedoch vorher selbst sterben, so könnte man allerdings dem Willen des Erblassers nicht gerecht werden. Einem solchen Mißerfolg gegenüber aber muß man sich bewußt bleiben, daß zur völligen Erreichung dieses Zieles Menschenkräfte nicht ausreichen.

Neben die Fälle, die ganz oder hauptsächlich aus objektiv rechtlichen Gründen den Inhalt der Verfügung nichtig machen, sind noch solche zu erörtern, wo lediglich der fehlende Aufhebungswille die Verfügung vernichten kann.

Dahin gehört zunächst der Fall des § 118. In der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung ist keine Gültigkeitsabsicht und daher auch kein Aufhebungswille zu erblicken. Allerdings ist von Dernburg[68]) die Anwendbarkeit des § 118 auf letztwillige Verfügungen geleugnet worden.

[62]) Beispiel: Der Erblasser setzt seinen Bruder zum Erben ein, „falls er bei seinem Tode sein Gewerbe aufgegeben hat." Hier ist der zugewendete Vorteil lediglich von der Tatsache des Nichtbetreibens des Gewerbes abhängig gemacht.

[63]) Beispiel: „A. soll 10 000 M. haben, falls er seinen Glauben ändert." Hier wird durch die Zuwendung die Glaubensänderung bezweckt.

[64]) Planck, Bem. II zu § 2258; Dernburg, 3 § 44 III Abs. 2; Endemann, § 47 2 c Anm. 9.

[65]) § 42 III, 1 Anm. 7.

[65a]) Wie stimmt das mit dem von Strohal kurz vorher besprochenen Fall des § 2252, 1? (siehe S. 312) Hier läßt Strohal das Testament „lediglich" seine Wirksamkeit einbüßen; durch die rückwirkende Kraft wird die nachträgliche Wirksamkeit aber zu einer ursprünglichen, denn es gilt als „nicht errichtet"; einem solchen kann „daher" auch aufhebende Wirkung nicht zugeschrieben werden.

[66]) Siehe jedoch unmittelbar ausgedrückt: §§ 265, 306.

[67]) Planck, Bem. II zu § 2258; Endemann, § 47 2 c bei Anm. 8.

[68]) 3 § 45 III, S. 134.

mit der Begründung, daß § 118 einen Erklärungsempfänger voraussetze. Eine Begründung dieser Voraussetzung, und darauf kommt es für die beweisende Kraft der Behauptung Dernburgs gerade an, aber fehlt. Dernburg scheint es demnach für selbstverständlich zu halten, daß eine scherzhafte Äußerung nur einem Erklärungsempfänger gegenüber erfolgen kann. Wird dies nun auch regelfällig zweifellos anzunehmen sein, so ist doch eine einseitig abgegebene Scherzerklärung nicht ganz undenkbar. Gerade die letztwilligen Verfügungen beweisen das.[69]) Zudem spricht der Wortlaut des § 118 nicht für die notwendige Annahme eines Erklärungsempfängers. Die Erwartung des Erklärenden des Erkennens des Scherzes richtet sich allgemein gegen die Personen, die irgend welchen Vorteil oder Nachteil aus der Erklärung haben könnten.[70]) Jedoch ist zuzugeben, daß dem Fall praktische Bedeutung kaum zukommen wird.

Dagegen ist wohl zweifellos die Anwendung der §§ 116, 2, 117 auf letztwillige Verfügung ausgeschlossen. Hier setzt das Gesetz ausdrücklich einen Erklärungsempfänger voraus.[71]) Wenn daher trotzdem Endemann[72]) mit § 117 operiert, so ist das nur dahin zu verstehen, daß Endemann in der mündlichen Erklärung oder schriftlichen Abgabe der letztwilligen Verfügung an den Richter oder Notar eine empfangsbedürftige Willenserklärung sieht. Allein diese Auffassung beruht auf einer Verkennung der Funktion des Richters. Empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sind solche, deren Wirksamkeit von der Vornahme einem bestimmten Gegner gegenüber abhängt. Der Richter aber bildet nur Partei des erklärenden Erblassers, er bewegt sich in der gleichen Willensrichtung, er ist daher nur, wie der Erblasser, ein bei dem Rechtsvorgang beteiligtes Rechtssubjekt.[73])

Auch der § 116, Satz 1 scheidet für unsere Betrachtungen deshalb aus, weil die letztwillige Verfügung im Falle der Mentalreservation gültig ist. Zwar hatte der erste Entwurf[74]) im Gegensatz zu der Gesetzesentscheidung die Erklärungen des Erblassers für nichtig erklärt, nicht aus Rücksicht auf den geheimen Willen des Erblassers, das Erklärte nicht zu wollen, eine solche Begünstigung lag auch den Motiven fern, sondern weil er unberechtigterweise das Interesse dritter Personen gefährdet glaubte. Allein in der zweiten Kommission[75]) überwog die Erwägung, daß eine solche Entscheidung infolge der Übereinstimmung mit dem Willen des Erblassers als ein bedenkliches Nachgeben gegenüber allen Einfällen des Erblassers erscheine, unter dem die Bedeutung und Wichtigkeit der letztwilligen Verfügungen überhaupt beeinträchtigt würden. Und außerdem: die Nichtigkeit der Verfügung könnte des öfteren Veranlassung geben, sie geltend zu machen und manchen selbstsüchtigen Interessen die Wege ebnen.

Wir haben bis jetzt gesehen, daß die Gültigkeit des zweiten Testamentes an zwingende Voraussetzungen geknüpft ist, die die Person des Erblassers — den Inhalt des Testamentes — und die Form des Testamentes angehen.

Neben diese Fälle, in denen das Testament wegen eines ihm anhaftenden Mangels von Anfang an unwirksam ist, „ursprüngliche Unwirksamkeit", tritt eine zweite Hauptgruppe von Tatbeständen, die der späteren

[69]) Vgl. ein Beispiel bei Strohal § 41 Anm. 1, S. 296.
[70]) Vgl. M. V. S. 45: „Abgesehen davon, daß bei diesen (letztwilligen Verfügungen) Fälle des sog. schlechten Scherzes selten vorkommen." Also auch die Motive setzen die Möglichkeit des Falles voraus. Prot. V, S. 48 C. Endemann, § 47 2 d Anm. 14.
[71]) Vgl. Dernburg, § 45 III Abs. 2.
[72]) A. a. O.
[73]) Vgl. Planck, Bem. II zu § 2238 Abs. 1; Dernburg, § 33 Anm. 2; Hellwig, Vertr. S. 653.
[74]) Mot. V, S. 45.
[75]) Prot. V, S. 46 f.

Entkräftung des Testamentes. Diese lassen sich wieder in zwei Untergruppen sondern:

die erste umfaßt alle die Tatbestände, die eine nach rückwärts hin anzunehmende Nichtigkeit zur Folge haben, also im Effekt der Nichtigkeit gleichkommen, die andere, wo das nicht der Fall, also alle die Fälle, wo das Testament hinterher seine Wirksamkeit ganz oder teilweise verliert.

Zur ersten Untergruppe gehört in erster Linie die Anfechtung letztwilliger Verfügungen. Mit der Anerkennung der Anfechtung ist der Möglichkeit Raum gegeben, unter dem Schutze angeblicher Willensmängel unsichere Rechtslagen im Testament auszubeuten. Trotzdem hat der Gesetzgeber der Anfechtung stattgegeben und mit Recht. Man hätte sonst an Stelle einer schwierigeren Klarstellungsmöglichkeit die Gewißheit, daß oft dem wirklichen Willen des Erblassers nicht entsprochen wird. Abgesehen von den Wirkungen der Anfechtung, ist sie in den §§ 2078 bis 2083 abweichend von der Anfechtung im allgemeinen Teil §§ 119 ff. geregelt.[76])

Was zunächst die Anfechtungsgründe angeht, so ist insofern eine ausgedehntere Anfechtung zugelassen, als ein rein subjektiver Maßstab genügt. Soweit die letztwillige Verfügung der Absicht des Erblassers nicht entspricht, ist sie anfechtbar, ohne Rücksicht auf den objektiven Wert einer anderweitigen Erklärung. Im einzelnen ist zu sagen: Ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung (sog. Geschäftsirrtum) liegt vor, wenn der Erblasser eine positive Verfügung trifft, die im Widerspruch mit einem früheren Testament steht, dessen Aufhebung der Erblasser aber gar nicht wollte.[77]) Ein Irrtum über die Erklärung (sog. Erklärungsirrtum) etwa dann, wenn der Erblasser sich verschreibt und dadurch eine frühere Verfügung aufhebt.[78])

Besonders hervorzuheben ist der Irrtum im Beweggrunde[79]) § 2078, 2. Hier hat der Erblasser auch den Aufhebungswillen, aber er ist zu der Aufhebung durch irrige Annahme bestimmt worden.[80]) Im Gegensatz zu § 124 des BGB. ist der Fall der arglistigen Täuschung nicht besonders erwähnt, da es für den ursächlichen Irrtum gleichgültig ist, durch welche Täuschung, eigene oder von seiten eines Dritten er entstanden ist.[81]) Der Fall der widerrechtlichen Drohung bedarf keiner besonderen Erwägung.

Die Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079) liegt vor, wenn der Erblasser positiv verfügt über sein Vermögen, ohne seiner zu gedenken. Lebt durch erfolgreiche Anfechtung das erste Testament auf und ist auch hier der Pflichtteilsberechtigte übergangen, so kann auch dieses angefochten werden. Immerhin ist mit Vorsicht zu verfahren. Denn ist z. B. durch eine neue positive Verfügung eine frühere aufgehoben, in der der Pflichtteilsberechtigte bedacht war, so liegt die Vermutung nahe, daß der Erblasser auch dem Pflichtteilsberechtigten aus irgend einem Grunde die Zuwendung entziehen wollte. Auf den Beweis aus § 2079 Satz 2

[76]) Unter der zahlreichen Literatur siehe u. a. Meischeider „Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB."; Endemann, 3 § 49, S. 207 ff.; Dernburg, 5 § 45, IV § 46, S. 137 ff.; Strohal, 1 § 41 III, S. 297 ff.; Cosack, 2 § 350, S. 682 ff.

[77]) Beispiel: A hat in einem öffentlichen Testament einer armen Familie vermacht. In einem späteren abänderuden Testament vergißt er dieses Vermächtnis und wendet es aus diesem Grunde seinem reichen Freunde B zu. Die Verfügung kann angefochten werden, denn der armen Familie wollte A. nichts entziehen.

[78]) Beispiel: A. setzt zum Erben seines ganzen Vermögens in Höhe von 10 000 M. seinen Sohn B. ein; später will er auch seinen Neffen C. bedenken und schreibt: „Meinem Neffen C. wende ich 10 000 M zu" (statt 1000). Der Sohn kann die Erklärung anfechten.

[79]) Im Gegensatz zur herrschenden Lehre allein Endemann 3 § 49 Anm. 4 b.

[80]) Beispiel: Der Erblasser hört von der reichen Verlobung seines Neffen. Daraufhin hebt er die Zuwendung an ihn auf. Die Verlobung aber geht zurück, der Entlobte kann die zweite Verfügung anfechten.

[81]) Vgl. Planck, Bem. 2 a, b Abs. 2 zu § 2078; Dernburg, § 45 IV 2 a Abs. 3; Cosack, § 350 I 2 d; Staudinger, Bem. IV zu §§ 2078/79; Strohal, § 41 3 A 2 Abs. 1.

wird daher besonders zu achten sein. Gleichzeitig aber kann der Pflichtteilsberechtigte die zweite Verfügung auch nach § 2078 anfechten mit der Begründung, daß der Erblasser zu dem Ausschluß des Pflichtteilsberechtigten durch falsche Vorstellung oder Drohung bestimmt worden ist (§ 2078, 2), oder daß er sich im Irrtum gem. § 2078, 1 befunden hat.

Berechtigt zur Anfechtung ist derjenige, dem die Anfechtung unmittelbar zustatten kommt (§ 2080); das sind also die in der aufgehobenen Verfügung Bedachten. „Unmittelbar zustatten" kommt aber die Aufhebung allen den Personen, die nicht beeinträchtigt worden wären, wenn die anzufechtende Verfügung überhaupt nicht errichtet worden wäre.[82]) Daß nur in diesem erweiterten Sinne das Wort „unmittelbar" zu verstehen ist, ergibt sich auch aus § 2341, der sonst gegenüber § 2080, 1 durch die ausdrücklich hervorgehobenen Worte „sei es auch nur bei dem Wegfall eines andern" unverständlich bliebe.[83]) Ist demnach in der aufgehobenen Verfügung ein Erbunwürdiger, so würde außer diesem auch der an seine Stelle tretende Erbe anfechtungsberechtigt sein, d. h. in der Regel der nächste gesetzliche Erbe. Der Erblasser ist zur Anfechtung nicht berechtigt.[84]) Jedoch auch deswegen, — wie Planck[85]) meint — weil er des Anfechtungsrechtes nicht bedarf, ist nicht anzuerkennen. Wie sollte man berechtigt sein, jemandem ein Recht deshalb zu entziehen, weil er es nicht benötigte. Wie oft stehen einem Berechtigten mehrere Rechte nach seiner Wahl zu, wobei dann in der Regel die einfachere Durchführung des einen oder andern Rechtes den Ausschlag gibt für seine Geltendmachung. Vielmehr allein entscheidend ist die Vorschrift des § 2080, 1. Nur wem die Aufhebung unmittelbar zustatten kommt, ist anfechtungsberechtigt. Zustatten kommen aber alle Verfügungen des Erblassers lediglich den Nachlaßbeteiligten, niemals ihm selbst.[86]) Aus der Verneinung des Anfechtungsrechtes für den Erblasser folgt, daß er die anfechtbare Verfügung auch nicht bestätigen kann, denn eine Bestätigung ist mangels besonderer erbrechtlicher Vorschriften auf Grund von § 144 nur dem Anfechtungsberechtigten gestattet.[87]) Dennoch will Dernburg[88]) eine formlose Bestätigung seitens des Erblassers zulassen, mit der Begründung, daß der Gesetzgeber im § 144 dem, der die fehlerhafte Erklärung abgegeben habe, die Möglichkeit geben wolle, diesen Fehler wieder wegzuräumen. Aber diese Auslegung Dernburgs widerspricht dem klaren Wortlaut des § 144 und die Protokolle[89]) haben ausdrücklich die Konvaleszenz einer letztwilligen Verfügung durch formlose Bestätigungserklärung abgelehnt. Liegt daher tatsächlich eine anfechtbare Verfügung vor, die der Erblasser unanfechtbar zur Geltung bringen will, so muß er sie von neuem errichten. Gleichwohl wird nicht ohne weiteres einer formlosen Bestätigung jede Bedeutung abzusprechen sein; im Gegenteil. Man wird dabei von der Tatsache auszugehen haben, daß die Anerkennung eines Testamentes, zu dem der Erblasser durch Irrtum oder Drohung bestimmt worden ist, höchst

[82]) S. Mot. V, S. 56; Prot. V, S. 61 oben. Das entspricht auch der Wirkung der Anfechtung, vgl. § 142, 1.

[83]) Vgl. Planck, Bem. I b δ zu § 2080; Strohal, § 60 III Abs. 2, S. 548/9; Dernburg, § 46 IV 1; Küntzel in Gruch. Bd. 41, S. 824 ff. — A. M. Staudinger, Bem. 1 zu § 2080. Dem ist zu erwidern: Die Annahme geht dahin, daß bei „unbeeinflußter Willensentscheidung" (Mot. Prot. a. a. O.) die Verfügung nicht getroffen worden wäre. Dann aber könnte der an die Stelle des Erbunwürdigen Tretende die erste Verfügung anfechten. Er ist also durch die zweite Verfügung unmittelbar beeinträchtigt.

[84]) Planck, Bem. 1 zu § 2080; Strohal, § 41 B; Cosack, § 350 II 1 c.

[85]) Planck, a. a. O.

[86]) Will daher der Erblasser das anfechtbare Testament beseitigen, so muß er es widerrufen (§ 2258, 2). Der Widerruf dieses Widerrufs kann erfolgen nach §§ 2254—56.

[87]) Vgl. Strohal, a. a. O., S. 302 Anm. 15; Planck, Vorbem. zu §§ 2078/832 b.

[88]) § 46 IV 4, S. 138.

[89]) P. V, S. 63 ff., S. 65.

merkwürdig erscheint, und nur seinen Grund in besonderen, außergewöhnlichen Umständen haben kann. Das wird der Erblasser selbst am klarsten empfinden, und um jeden späteren Mißverständnissen vorzubeugen, daher schon aus sich selbst besondere Formen beobachten, wenn er ein in Wahrheit durch Irrtum oder Drohung errichtetes Testament aus freien Stücken anerkennen will.[90]) Ist daher ein anfechtbares Testament nur formlos bestätigt und liegen keine besonderen Anhaltspunkte vor, die diese besondere Wendung im Sinne des Erblassers erklären, so ist man sehr wohl umgekehrt zu dem Schluß berechtigt, daß überhaupt kein anfechtbares Testament vorliegt. Das formlose bestätigte Testament wird also unter Umständen deshalb der Anfechtung entzogen sein, weil aus der formlosen Bestätigung hervorgeht, daß ein Anfechtungsgrund in Wahrheit gar nicht bestanden hat.[91]) Ebenso wird des öfteren ein solcher Schluß möglich werden, wenn der Erblasser die Aufhebung der anfechtungsberechtigten Verfügung unterläßt, d. h. nicht widerruft. Es wäre doch mindestens höchst sonderbar, wenn ein Erblasser, der weiß, daß er irrtümlich oder unter Zwang verfügt hat, diese Verfügung ruhig bestehen läßt, auf die Gefahr hin, daß der nach seinem Tode entstehende Streit noch womöglich zugunsten der in der anfechtbaren Verfügung Eingesetzten endet. In dem Unterlassen des Widerrufs ist aber nicht minder eine formlose Bestätigung zu erblicken, als im erklärten Wort. Es läßt sich daher nicht der Ausführung Strohals[92]) zustimmen, daß der Bestätigung nur insoweit Bedeutung zukomme, als in ihr eine neue Testamenterrichtung zu sehen sei, und der die zit. Ansicht Boehms[93]) vernichtenden Begründung, daß der stillschweigend oder ausdrücklich bestätigte Inhalt der letztwilligen Verfügung zur Zeit der formgerechten Erklärung vom Erblasser nicht gewollt war, läßt sich sehr wohl entgegenhalten, daß der Beweis für diese Behauptung nicht erbracht ist, vielmehr gegen sie manche Vermutung streitet. Festzuhalten ist aber immer daran, daß die Anfechtung einer formlos bestätigten letztwilligen Verfügung nur dann und nur deshalb ausgeschlossen ist, weil die vorhandene Unanfechtbarkeit aufgedeckt, nicht weil sie unanfechtbar wird. Durch solche Lösung aber wird zugleich der oft bedenkliche praktische Erfolg vermieden, daß entgegen dem Willen des Erblassers seine letztwillige Verfügung durch erfolgreiche Anfechtung vernichtet wird.

Was die Anfechtungserklärung angeht, so ist auch diese in den §§ 2081, 1 u. 3 besonders geregelt, und erst für die durch die dortige Aufzählung nicht betroffenen Fälle greift die allgemeine Vorschrift des § 143 Abs. 4 Satz 1 Platz.

Die Anfechtungsfrist ist an eine einjährige Präklusivfrist gebunden und beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt (§ 2082). Das wird im allgemeinen nur möglich sein, wenn der Inhalt der Verfügung verkündet wird, also mit Eröffnung des Testamentes. Daher läßt der Entwurf I[94]) auch die Anfechtungsfrist ausdrücklich erst mit der Verkündung beginnen. Das BGB. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Und mit Recht. Denn es ist sehr wohl möglich, daß der Anfechtungsberechtigte, sei es vor, sei es nach dem Erbfall, von dem Inhalt der Verfügung auf irgend eine Weise Kenntnis erlangt und nun sogleich nach dem Erbfall anfechtet.

[90]) Siehe auch P. V, S. 65 die Gründe der Mehrheit.
[91]) Vgl. einen ähnlichen Gedanken P. V, S. 66 oben.
[92]) A. a. O., Anm. 15.
[93]) § 15 V, S. 65.
[94]) § 1785, 2. M. S. 58 Abs. 3. Eine vor Verkündung erklärte Anfechtung müßte danach nach der Verkündung wiederholt werden.

Kein Grund läßt sich jedoch dafür finden, daß diese Anfechtung ohne weiteres ungültig sein sollte.[95])

Zu bemerken ist noch, daß die einjährige wie die dreißigjährige absolute Ausschlußfrist für jede Anfechtung gelten, vorbehaltlich des § 2083.

Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung ist die, daß das an und für sich wirksame Testament als nichtig anzusehen ist (§ 142, 1). Die Folge davon ist, daß das erste Testament so Geltung erhält, als ob es nie aufgehoben worden wäre, d. h. der dort eingesetzte Erbe gilt als Erbe von Anfang an. Dabei ist jedoch zu beachten, daß diese umfassende Wirkung nur eintritt, wenn das ganze Testament, also alle einzelnen Verfügungen, der Anfechtung unterliegen,[96]) es sei denn, daß die eine angefochtene Verfügung in untrennbarem Zusammenhang mit der oder den anderen steht, so daß auch diese als nichtig anzusehen sind (§ 2085). Diese Beschränkung der Anfechtbarkeit auf die Basis des Anfechtungsgrundes wird im Gegensatz zum Entwurf I[96a]) scharf von der zweiten Kommission[97]) gezeichnet, die statt des Wortes „wenn" in § 2078 das Wort „soweit" setzt. Also selbst die einzelne Verfügung wieder kann nur insoweit angefochten werden, als sie auf einer fehlerhaften Bestimmung des Erblassers beruht. Diese positive Begrenzung entfällt jedoch im § 2079, da für das Vorhandensein des Willens der Nichtabgabe der ganzen Erklärung im Gegensatz zu § 2078 lediglich die Tatsache der Übergehung des Pflichtteilsberechtigten schon streitet. Der in § 2078 für alle einzelnen Verfügungen zu führende Beweis der Kausalität zwischen Irrtum und Erklärung entfällt also im § 2079 durch gesetzliche Vermutung. Immerhin aber wird die erweiterte Wirkung der Anfechtung, die jedesmal Nichtigkeit des ganzen Testamentes zur Folge hat, gemildert durch § 2079 Satz 2, dessen Beweis jedoch im Gegensatz zu § 2078 der Anfechtungsgegner zu führen hat.

Ist im zweiten Testament eine Vermächtnisverfügung, durch die die Zuwendung an den im ersten Testament Bedachten aufgehoben war, erfolgreich angefochten, so kann die Wirksamkeit der Anfechtung trotz ihrer Rückwirkung nicht mehr eine vor der Anfechtung erfolgte Eigentumsübertragung des vermachten Objektes beeinträchtigen, denn der Eigentumserwerb ist unabhängig von der anfechtungsberechtigten Vermächtnisverfügung auf Grund eines selbständigen Rechtsgeschäftes des Beschwerten mit dem zu Unrecht Bedachten erfolgt. Letzterer ist jedoch zur Rückgabe auf Grund §§ 812 ff. (ungerechtfertigte Bereicherung) verpflichtet.[98])

Neben diesen Fall der Anfechtung reiht sich eine im Gesetz besonders hervorgehobene Bestimmung. Wir haben s. Zt. gesehen, daß auch ein unter den gegebenen Voraussetzungen nach § 2258, 1 errichtetes außerordentliches Testament aufhebende Kraft in sich trägt. Für dieses bestimmt das Gesetz, daß es nach drei Monaten, falls der Erblasser noch lebt, als nicht errichtet gelten soll (§ 2252, 1). Hält sich auch die Vorschrift durch die zwingende Natur unabhängig vom Willen des Erblassers, so wird sie doch tatsächlich in der Regel sich in Übereinstimmung mit seinem Willen befinden. Der Erblasser wird, sobald die Notlage aufgehört hat,

[95]) Siehe auch § 2082, 3, wo die Anfechtungsfrist im Gegensatz zu § 1785, 2 des Entw. I seit dem Erbfall gerechnet wird; a. M. M. V, S. 58; Boehm, S. 206. Vgl. jedoch auch Planck, Bem. II zu § 2082.

[96]) Eine einheitliche Anfechtung wird auch dann nur möglich sein, wenn die angefochtenen Anordnungen alle unter die in § 2081, 1 u. 3 genannten Fälle fallen.

[96a]) § 1780/1 M. V, S. 48 ff., S. 52, 53, 57.

[97]) P. V, S. 62, 63.

[98]) So Planck, Vorbem. 2 b ß Abs. 2 zu §§ 2078/83; Strohal, § 41 d Abs. 3, S. 307, 308; Dernburg, § 46 I Abs. 2, S. 136. A. M.: M. V, S. 49.

die Testamentserrichtung in ordentlicher Form wiederholen, falls er deren Inhalt dauernd gültig wissen will.[99]) Daraus ist umgekehrt der Schluß zu ziehen, daß der Erblasser die Fortdauer des außerordentlichen Testamentes, um das er sich nicht weiter kümmert, auch nicht weiter beabsichtigt. Aus der Fassung des § 2252 geht hervor, daß die Unwirksamkeit auf den Zeitpunkt der Errichtung rückbezogen wird:[100]) danach wird also die Unwirksamkeit wie bei der Anfechtung zu einer ursprünglichen gestempelt. Dementsprechend muß auch die wieder eintretende Wirksamkeit des ersten Testamentes zurückbezogen werden und ursprünglich sein. Die Zerstörung des Testamentes geht aber noch weiter. Das Testament „gilt als nicht errichtet", es ist also so, als ob es nie dagewesen wäre das Testament i s t daher nicht nichtig, es muß aber genau wie das angefochtene als nichtig angesehen werden.[101]) Es läßt sich daher wie bei der Nichtigkeit von einem „Wiederaufleben" des ersten Testamentes insofern nicht reden, als die Folge davon, daß das zweite so angesehen wird, als ob es nicht errichtet wäre, ist, daß das erste so angesehen werden muß, als ob dieses nie aufgehoben worden wäre.

Das gleiche Resultat stellt das Gesetz ausdrücklich auf im § 2258, 2. Was die Anfechtung und der Zeitablauf eines außerordentlichen Testamentes bewirkt, bewirkt auch der Widerruf des späteren Testamentes.[102]) Das Gesetz sagt nicht, das frühere w i r d wieder wirksam, sondern es i s t wirksam, und zwar so, „wie wenn es nicht aufgehoben wäre". In umgekehrter Folge wie bei dem Zeitablauf muß daher das zweite Testament so angesehen werden, als ob es nie errichtet worden wäre. Aus dieser umfassenden Zerstörung aber folgt einmal die rückwirkende Wiederherstellung des ersten Testamentes und zum andern: das Nichtwiederaufleben können des zweiten Testamentes. Wird daher dieser zweite Widerruf wieder widerrufen, so lebt selbst in dem Falle, wo der zweite Widerruf nach § 2254 erfolgt ist, das spätere Testament nicht wieder auf, noch wird es rückwirkend wirksam, es muß also, da der Widerruf des zweiten Widerrufs auch die Aufhebung des ursprünglichen Testaments zur Folge hat, die gesetzliche Erbfolge eintreten.

Was im übrigen die Auffassung des § 2258, 2 angeht, so erscheint er als Parallele zu § 2257. Bezieht sich dieser allein auf den im § 2254 erfolgten Widerruf,[103]) so jener nur auf den § 2258, 1 enthaltenen. Er stellt sich daher nicht, wie Wilke[104]) annimmt, als ein besonderer Anwendungsfall des § 2257 auf § 2258, 1 dar,[105]) denn die Widerrufsarten (§§ 2254 und 2258, 1) sind ganz verschieden und stehen selbständig und gleichwertig nebeneinander. Die Anwendung des § 2258, 2 setzt voraus, d a ß nicht nur ein Widerruf nach § 2258, 1, sondern daß l e d i g l i c h ein solcher vorliegt, denn die Wirkung des Wiederwirksamseins des ersten Testamentes kann

[99]) Denn Zweck der außerordentlichen Testamentsform war ja nur, einem aus den außerordentlichen Umständen entspringenden Bedürfnis entsprechen zu können.

[100]) Planck, Bem. I zu § 2252; Mot. V, S. 282.

[101]) Man kann daher nicht mit Strohal (§ 43 III 1 Abs. 2) diesen Fall von dem der Anfechtung trennen mit den Worten „jedoch dann . . . .", „wenn es hinterher lediglich seine Wirksamkeit einbüßt". Im Text steht nicht „ist unwirksam" oder „gilt als rückwirkend unwirksam", so daß das erste nur als rückwirkend wirksam erschiene, sondern es „gilt als nicht errichtet". Daß darunter die Nichtigkeit zu verstehen ist, erhellt am besten daraus, daß von einem späteren Wirksamwerden oder Wiederaufleben des Testamentes keine Rede sein kann. Dazu ist stets eine neue Testamentserrichtung erforderlich. Vgl. Dernburg, § 40 II Abs. 4.

[102]) Dabei kann der zweite Widerruf — abgesehen von dem nach § 2256 erfolgenden — gleich der Anfechtung und im Gegensatz zum Zeitablauf nur einzelne Bestimmungen des späteren Testamentes treffen. Das Gesetz geht von dem Gedanken des umfassenden Widerrufs aus, gibt also nur einen Anwendungsfall.

[103]) Siehe Erört. S. 119.

[104]) Bem. 1 zu § 2258, S. 239.

[105]) Das erhellt schon aus der örtlichen Stellung als Abs. 2 des 2258 und durch die spezielle Wiederaufnahme des bezeichneten Wortes „späteren" Testamentes (s. § 2258, 1).

nur eintreten, wenn das erste Testament nicht überhaupt formell seine Existenz eingebüßt hat.[106]) Dagegen kann der Widerruf selbst nach den §§ 2254—2256 erfolgen.[107]) Endemann[108]) hat die in diesem Sinne zu verstehende Stelle der Protokolle[109]) mißverstanden. Der in Absatz 2 vorausgesetzte Widerruf des zweiten Testamentes ist nicht der Widerruf, den das zweite Testament dem ersten gegenüber enthält, sondern der, der sich gegen das zweite Testament richtet.[110]) So erklärt es sich, daß Endemann die Möglichkeit der Widerrufsarten (§§ 2254—2256) auf den ersten Widerruf bezieht und daraus die unhaltbare Folge entsteht, daß z. B. durch den Widerruf eines nach § 2255 erfolgten Widerrufs die vernichtete Urkunde wieder in Geltung kommen soll, das natürlich als „Rätsel" erscheint. Ist der Widerruf nach § 2258, 2 in der Form des § 2254 erfolgt, so kann auch dieser Widerruf wieder in den drei Formen (§§ 2254—2256) widerrufen werden, jedoch ist in diesem Falle eine rückwirkende Wirksamkeit des späteren Testamentes nicht anzunehmen.[111]) Ist er dagegen in den Formen der §§ 2255, 2256 erfolgt, so findet ein Widerruf überhaupt nicht mehr statt.

Ein Widerruf in der Aufhebungsform des § 2258, 1 mit der Wirkung des § 2258, 2 muß naturgemäß deshalb als ausgeschlossen gelten, weil die inhaltlich notwendige positive Bestimmung, insoweit Widerspruch vorhanden mit dem früheren,[112]) entweder die ursprüngliche Anordnung ohne rückwirkende Kraft wiederhergestellt oder eine neue Anordnung trifft, wodurch beide Verfügungen sowohl die ersten als die im zweiten Testament aufgehoben bleiben.

Über die bestimmende Kraft des § 2258, 2 stehen sich in der Literatur zwei Ansichten gegenüber. Die eine, vertreten von Dernburg, Boehm, Matthiaß, Eichhorn,[113]) will auch hier dem Willen des Erblassers unumschränkte Herrschaft sichern und daher der Bestimmung des § 2258, 2 nur dispositive Bedeutung bewilligen. Demgegenüber tritt die andere Ansicht, vertreten von Planck, Endemann, Frommhold, Staudinger,[114]) die im § 2258, 2 eine zwingende Gesetzesvorschrift erblickt, dessen Wirkung der Erblasser nur durch eine besondere, sei es positive, sei es negative Verfügung ausschließen könne. Die erste Ansicht stützt sich auf die beweisende Kraft der Protokolle,[115]) nach denen § 2258, 2 nur für den Fall gelten solle, „wenn kein anderer Wille des Erblassers erhellt". Man könnte sich zunächst wundern, daß die Einschränkung im Gesetz gar keinen Ausdruck gefunden habe; dem würde Dernburg[116]) allerdings entgegenhalten, daß sie ja selbstverständlich sei. Allein daß das gerade nicht der Fall, beweist zur Genüge die herrschende Meinungsverschiedenheit. Liest man denn auch die zitierten Worte der Protokolle nicht für sich allein, sondern im Zusammenhang, so ergibt sich, daß sie in ganz anderem Sinne gemeint waren, wie Dernburg annimmt. Die Protokolle gehen bei der Besprechung von § 1936, 1 des Entwurf I (d. i. § 2258, 2 BGB.) von dem Satz aus, daß es

[106]) So z. B. wenn der Erblasser es noch hinterher vernichtet (§ 2254) oder aus der Verwahrung nimmt (§ 2255). Vgl. Planck, Bem. 3 Abs. 2 zu § 2258; Frommhold, Bem. 2 zu § 2258; Dernburg, § 40 Anm. 4.

[107]) Anders das r. R. Hier war nur durch absichtliche Zerstörung des zweiten Testamentes eine Wiederherstellung des ersten möglich (entsprechend § 2255 BGB.), vgl. Erört. S. 34/35.

[108]) § 50 2 c Anm. 8.

[109]) V, S. 355.

[110]) Der genitivus „des zweiten Testamentes" ist also nicht subjectivus, sondern objectivus.

[111]) Vgl. Erört. S. 84.

[112]) Also in diesem Falle dem zweiten Testamente.

[113]) Dernburg, § 40 Ziff. III; Boehm, § 61 II, S. 199; Matth., § 278 III; Eichhorn, IV 3, S. 106.

[114]) Planck, Bem. III zu § 2258; Endemann, III § 50 2 c und Anm. 9; Frommhold, Anm. 3 zu § 2258; Staudinger, Bem. I Abs. 3 zu § 2258.

[115]) V, S. 355.

[116]) A. a. O., Ausfrg. Anm. 3.

kein Zweifel sei, daß beim Widerruf einer Verfügung nach § 1935 (d. i. § 2256 BGB.) das erste Testament wieder aufleben müsse. Damit ist gesagt, daß das ganze erste Testament wiederhergestellt wird, da der Widerruf nach § 2256 einen teilweisen Widerruf nicht zuläßt. Weil das spätere Testament durch die Zurücknahme stets ganz als widerrufen gelten muß, darum muß auch das frühere Testament ganz wieder in Geltung kommen. Die Protokolle fahren dann fort: „Aber Gleiches ist anzunehmen, wenn nach §§ 1933, 1934 des Entwurf I (d. i. §§ 2254, 2255 BGB.) verfahren ist." Das deutet zunächst darauf hin, als ob auch hier nur der Widerruf das ganze spätere Testament treffen könnte und folglich auch das erste Testament durch den Widerruf vollkommen wiederhergestellt werden müßte. Dem wollen die Protokolle vorbeugen. Sie fügen daher hinzu: „Um Zweifel abzuschneiden, wenn kein anderer Wille des Erblassers erhellt"; nämlich dahin, daß nur ein Teil des späteren Testamentes widerrufen — was nach §§ 2254, 2255 sehr wohl möglich ist — und folglich auch nur ein entsprechender Teil des früheren wiederhergestellt werden soll. Wollte man den fraglichen Bedingungssatz der Protokolle im Sinne der Gegenansicht auffassen, so würde entweder unverständlich bleiben, warum der Widerruf nach § 2256 im Gegensatz zu §§ 2254, 2255 stets das erste Testament wiederherstellen müsse, oder wollte man den Bedingungssatz der Protokolle für alle drei Widerrufsarten ohne Unterschied zulassen, so würde nicht zu erklären sein der zwingende Ton des Wiederauflebens des ersten Testamentes bei einem Widerruf nach § 2256. Der zitierte Satz der Protokolle sagt daher nur, daß, abgesehen von dem Widerruf nach § 2256 der Widerruf nicht jedesmal das ganze spätere Testament treffen müsse, sondern auch gegen eine einzelne Verfügung sich richten könne, und daß durch den Widerruf dementsprechend entgegen dem scheinbaren Wortlaut des § 2258, 2 auch nicht jedesmal das erste Testament wieder vollkommen wirksam ist.[117]) Wenn aber die Gegenansicht sich auf die Protokolle zum Beweise stützt, so sei das auch uns gestattet. Die Protokolle sagen, daß bei einem Widerruf nach § 2256 das erste Testament wieder aufleben müsse, und fahren dann fort: „Gleiches ist anzunehmen bei einem Widerruf nach §§ 2254, 2255." Also gerade die zwingende Natur der Wirkung des Widerrufs nach § 2258, 2 wird hervorgehoben. Daraus geht hervor, daß die Wirkung des Widerrufs nicht durch jeden Willen des Erblassers beseitigt wird, sondern nur wieder durch besondere Verfügung, ebensogut wie der letzte Wille überhaupt nicht in jeder Gestalt, sondern nur in bestimmter anerkannt wird. Dieses Resultat aber findet Endemann[118]) sehr bedenklich, da das Wiederaufleben häufig nicht im Sinne des Erblassers liege. Dem ist zu erwidern, daß der Unterschied zwischen der zwingenden und dispositiven Natur des § 2258, 2 praktisch selten zu verschiedenen Ergebnissen führen wird. Denn widerruft der Erblasser schlechthin ohne weitere Nebenerklärung ein Testament, durch das ein anderes aufgehoben war, so läßt sich aus dem Widerrufstestament auch nicht der leiseste Anhaltspunkt dafür gewinnen, daß der Erblasser das erste Testament nicht wieder zur Geltung bringen wollte. Im Gegenteil, da fortan die fortlaufende Wirksamkeit des Testamentes die einzig natürliche Annahme ist, die um so mehr dadurch bekräftigt wird, daß eine ent-

[117]) Eine solche Auffassung der zitierten Worte der Protokolle aber macht auch ihre Nichtaufnahme in den Gesetzestext allein verständlich, denn in diesem Sinne dürfte wohl das Wort Dernburgs, daß ihre Selbstverständlichkeit einen Gesetzesbeschluß überflüssig mache, um soviel mehr am Platze sein, wie er versagt bei der gegnerischen Interpretation, denn der zwingende Ton des Gesetzestextes hätte eine erklärende Einschränkung geradezu gefordert.

[118]) § 50 Anm. 8.

gegenstehende Bestimmung im Widerrufstestament fehlt, so sind diese Momente so unzweideutig, daß außerhalb des Testamentes liegende, entgegenstehende Umstände[119]) sie nicht zu erschüttern vermögen, ganz abgesehen von der schlecht beweisenden Kraft von Umständen, deren Wahrheit sowohl als Einfluß auf den testamentarischen Willen des Erblassers nie mit Sicherheit sich feststellen läßt.[120]) Letzteres Argument aber wird besonders dort zur Geltung kommen, wo der Widerruf nicht durch Testament erfolgt ist. Hat der Erblasser z. B. ein Testament öffentlich errichtet und später aufhebende Bestimmungen in einem eigenhändigen getroffen oder auch wiederum in einem öffentlichen, und er zerstört das eigenhändige oder nimmt nur das letzte öffentliche zurück, so wird es, da ja der Widerruf durch kein Testament erfolgt ist, in dem der Erblasser leicht den Aufhebungswillen des früheren Testamentes hätte äußern können, das Bestreben und Interesse der gesetzlichen Erben sein, auf alle Weise die Ungültigkeit des früheren Testaments darzutun; hier aber müßte mit umsomehr Vorsicht verfahren werden gegenüber der eklatanten Tatsache, daß der Erblasser selbst die natürliche Folge der Gültigkeit des schriftlichen Testaments mit keinem schriftlichen Zeugnis ausgeschlossen hat. Die Annahme aber, daß er das getan hätte, wenn er wirklich die Aufhebung des früheren Testaments gewollt hätte, ist so naheliegend, daß eben nur das für die Auslegung allein sichere eigenhändige Zeugnis des Erblassers sie ausschließen kann. Ist andererseits die Aufhebungsabsicht des früheren Testaments ausgedrückt im Widerrufstestament — und das wird in aller Regel der Fall sein, wenn die Wiederherstellung nicht im Sinne des Erblassers ist — so ist ja testamentarisch der letzte Wille festgelegt, und in diesem Falle kann selbstverständlich von einer Wiederherstellung des ersten Testaments beim Widerruf des zweiten keine Rede sein. Nur in dem Falle müßte man von einer Beachtung des letzten Willens absehen, wenn bei einem nach § 2255, 2256 erfolgten Widerruf des zweiten Testaments der Erblasser formlos die Gültigkeit des ersten abgelehnt hat. Wollte der Gesetzgeber dem Rechnung tragen, so hieße das nichts weiter als einen formlos erklärten letzten Willen berücksichtigen. Der Erblasser aber soll sich gerade bemühen, auf den Willen des Gesetzes zu achten, wie andererseits das Gesetz ihm weitmöglichst entgegenkommt. Nur durch gegenseitiges Entgegenkommen wird die schwere Aufgabe der Erforschung des wahren Willens erleichtert. Wie aus der positiven Verfügung des Abs. 1 sich die Negative des Widerrufs ergibt, so aus der negativen Verfügung des Abs. 2 die Positive der Widerherstellung. So hat es der Gesetzgeber bestimmt und damit zugleich gesagt, daß, da es aller Regel dem Willen des Erblassers entspricht, Abweichungen besonders hinzustellen sind.

Endlich ist noch anschließend eines besonderen Falles zu gedenken, daß die spätere Verfügung unter einer aufschiebenden Bedingung getroffen ist und diese ausfällt. Ein solcher Fall liegt nicht nur dann vor, wenn die Bedingung ausdrücklich erwähnt ist, sie kann sich auch aus dem Inhalt ergeben. Wann sie als erfüllt oder ausgefallen anzusehen ist, ist Auslegungsfrage.[121]) Tritt die Bedingung ein, so wird die bedingte Verfügung wirksam und das frühere Testament dementsprechend aufgehoben. Ist daher z. B. das Eintreten der Bedingung hinausgeschoben auf die Zeit nach dem Erbfall, so werden die im ersten Testament Eingesetzten solange als Vorerben zu gelten haben, bis diese Bedingung eintritt. Ein solches

[119]) Etwa mündliche Äußerungen oder vorhandene Beziehungen des Erblassers zum Bedachten.
[120]) Vgl. Erört. S. 41/42.
[121]) Vgl. § 2077, eine gesetzliche Vermutung.

Resultat wird regelfällig dem Willen des Erblassers entsprechen. Denn dadurch, daß er das Eintreten eines Ereignisses ohne nähere Angaben als Bedingung setzt, bringt er zum Ausdruck, daß er eine Wirksamkeit des späteren Testaments überhaupt, also auch eine aufhebende Wirkung nicht eher und nur in der Absicht wolle, daß die Bedingung eintritt. Will er daher anders, z. B. die aufhebende Wirkung soll sofort eintreten und unabhängig von dem Eintritt der Bedingung bleiben, so muß er dies besonders erwähnen. Liegt in solchen Fällen die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung nach dem Erbfall, so werden in Ermangelung testamentarischen Willens die gesetzlichen Erben als Vorerben zu gelten haben.

Alle bisher erörterten Fälle der zweiten Hauptgruppe haben das gemeinsam, daß durch sie das spätere Testament zu einem ursprünglich unwirksamen gestempelt wird;[122]) die Folge ist, daß ihm auch jede aufhebende Kraft abgesprochen werden muß. In allen Fällen läßt sich jedoch im Gegensatz zu den ursprünglich nichtigen der Eintritt dieses Erfolges verhindern, d. h. die Aufhebung des ersten Testaments erhalten, sei es durch Bestätigung seitens des Anfechtungsberechtigten, sei es durch in gehöriger Form ausgedrückten entgegengesetzten Willens des Erblassers. Neben diese Fälle treten nun andere, die sich im Verein mit ihnen zu einer zweiten Hauptgruppe deshalb vereinigen lassen, weil sie im Gegensatz zu den ursprünglich nichtigen das spätere Testament späterhin entkräften, jedoch durch das Fehlen der rückwirkenden Kraft sich in eine zweite Untergruppe sondern. Es fragt sich nun, wie es hier mit der Aufhebung des früheren Testaments bestellt ist. Man darf sich durch die Entkräftung des späteren Testamentes nicht verleiten lassen, stets ohne weiteres ein Wiederaufleben des früheren anzunehmen. Vielmehr erscheint in allen Fällen, in denen der Eintritt des Enderfolges durch objektive Ereignisse vereitelt wird, das Gegenteil als Regel. Denn der Aufhebungswille des Erblassers steht in keiner Beziehung zu dem Eintritt der Ereignisse, man darf daher auch ohne besondere Anhaltspunkte ihnen keinen Einfluß auf die Aufhebung des ersten Testaments zugestehen.[123]) Der Entwurf I[124]) hatte daher für den Fall, daß der Bedachte vor dem Erbfall stirbt oder die Erbschaft ausschlägt, ausdrücklich hervorgehoben, daß die frühere Verfügung nicht wieder auflebe. Die Protokolle[125]) lehnten jedoch eine Aufnahme dieser Bestimmung in das BGB. ab, weil sie daraus ein bedenkliches arg. e contr. für die andern Fälle befürchteten. Dadurch ist nun nicht nur jeder Zweifel behoben, daß auch in allen Fällen, in denen der im zweiten Testament Eingesetzte für erbunwürdig erklärt wird (§ 2339, 1—4), die frühere Verfügung nicht wieder auflebt, sondern auch gleichzeitig der Ansicht vorgebeugt, daß außer den genannten Fällen die frühere Verfügung stets wieder aufleben müsse. Es ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß im Gegensatz zu den Ereignissen, die zurückwirken, nicht nur die besonders ausgedrückte, sondern auch aus den Umständen zu entnehmende Willensmeinung des Erblassers,[126]) das Wiederaufleben der früheren Verfügung verhindern könne. Das dürfte seinen Grund vorzüglich in der unterschiedlichen Bedeutung der Ereignisse selbst finden, die sich auch darin ausprägt, daß der Gesetzgeber letzteren keine rückwirkende Kraft beilegt. Durch den vom Erblasser selbst gewollten Wider-

---

[122]) Mag der diesen Erfolg herbeiführende Mangel schon von Anfang an wie bei der Anfechtung vorhanden sein oder erst später eintreten, so durch den Zeitablauf, durch den Widerruf, durch den Ausfall der Bedingung.

[123]) Vgl. Planck, Bem. II zu § 2258; Boehm. § 64 III c, S. 203; Strohal, § 42 II 1, S. 313; Cosack, § 348 II 2; Dernburg, § 40 II Abs. 5.

[124]) § 1936, 2; vgl. M. V, S. 304.

[125]) V, S. 354, Antrag 1, S. 355 oben.

[126]) Vgl. dazu das Beispiel Strohals, § 42 III 1, S. 313.

ruf z. B. wird die Geltung des ursprünglichen Testaments in aller Regel dem Willen des Erblassers entsprechen. Dieser Folge gegenüber wird sich aus anderen Umständen selten oder nie mit Sicherheit eine entgegenstehende Willensmeinung des Erblassers erweisen lassen. Daher hat der Gesetzgeber dem zweiten Testament rückwirkend die Wirksamkeit genommen. Anders wenn z. B. der im zweiten Testament Eingesetzte vor dem Erbfall stirbt. Hier wird durch diesen äußeren Umstand die Wirkung des zweiten Testaments und nicht die Wirksamkeit getroffen; daraus erhellt der bleibende Aufhebungswille bezüglich des ersten Testaments. Will der Erblasser anders, so muß er umgekehrt wie oben dies besonders zum Ausdruck bringen. Bei den rückwirkenden Ereignissen also wird stets der Aufhebungswille, bei den nicht rückwirkenden aber der Auflebungswille besonders zum Ausdruck zu bringen sein, wenn anders der betreffende Wille vom Gesetz berücksichtigt werden kann und soll.

§ 6.

Widerruf durch ausdrückliche Widerrufserklärung.

Wie wir s. Zt.[1]) gesehen haben, war im älteren r. R. die neue Testamentserrichtung die einzige Möglichkeit des Widerrufs eines Testaments: durch die bloße Erklärung, das Testament solle nicht mehr gelten, konnte der Erblasser nicht widerrufen, mochte sie auch in Testamentform abgegeben sein. Je mehr nun gegenüber diesen zivilen Grundsätzen das prätorische Recht sich Bahn brach, desto mehr empfand man die Unzweckmäßigkeit dieser zivilen Strenge. Man sah ein, daß man durch sie leicht zur Anerkennung eines Testamentes genötigt sei, gegen dessen Aufrechterhaltung erweislich der Wille des Erblassers spräche. Der Niederschlag dieser Entwicklung zeigt sich bei Justinian. Zum ersten Male sollte hier der bloße Widerruf Wirkung haben. Da man aber einerseits von dem Satze, daß das Testament begrifflich nichts negatives, sondern die positive Institution eines direkten Erben sei, nicht ablassen wollte, andererseits, um bei der Bedeutung des Widerrufs jegliches unüberlegtes Handeln zu verhindern, auch von einer Formlosigkeit nichts wissen wollte, so bestimmte Justinian[2]) für diesen einfachen wörtlichen Widerruf eine besondere Form: Drei Solennitätszeugen[3]) oder gerichtliches Protokoll in Verbindung mit dem Ablauf von zehn Jahren seit Testamentserrichtung. Die letztere Bestimmung war von Honorius übernommen, nach dessen Konstitution[4]) jedes Testament von selbst seine Wirksamkeit verlieren sollte, sobald es zehn Jahre alt geworden war. Wohl schwerlich wird sich für diese Merkwürdigkeit der wahre Beweggrund finden lassen, da in beiden Konstitutionen eine genügend aufklärende Angabe fehlt. Der Grund, den Sintenis[5]) als den „einzig denkbaren" erklärt, daß innerhalb dieser Zeit die Zeugen alle gestorben seien, ist wohl unhaltbar. Widerspricht er schon dem klaren Sinn der Konstitution des Honorius,[6]) so erscheint auch darum diese Annahme als ausgeschlossen, als gerade in der christlichen Kaiserzeit sich wieder die testamenta publica mehrten, die ja überhaupt keiner

[1]) Vgl. Erört. S. 32 ff.
[2]) l. 27 § 2 C. 6, 23.
[3]) „testes idonei", vgl. Koeppen, 3 § 85 2 c Anm. 1; Mühlenbruch, Bd. 38, S. 283 f.; a. M. Sintenis, Pand. 3 § 179 Anm. 35.
[4]) l. 6 C 4, 4.
[5]) Pand. a. a. O.
[6]) l. 6 C. h. t. siehe Satz 2 „vix enim fieri potest . . . ."

Zeugen bedurften.[7]) Die Tatsache, daß der Tod der Zeugen nicht der Grund sein konnte, sowie das Vorhandensein der testamenta publica läßt aber wieder schließen, daß überhaupt der Gedanke, es könnte an Mitteln fehlen, Dasein und Inhalt des Testaments festzustellen, nicht die Kaiser geleitet hat;[8]) viel eher läßt sich Koeppens[9]) Meinung hören, daß innerhalb zehn Jahren ein Erblasser leicht seine Ansicht ändern könne; aber auch dem muß man entgegenhalten, daß aus der Tatsache, daß es dem Erblasser jederzeit freistand, noch einmal zu testieren, sich ebensogut das Gegenteil rechtfertigen läßt.[10]) Wie dem auch sein mag, der Ablauf der zehn Jahre mußte abgewartet werden,[11]) erst dann ward eine Widerrufserklärung gültig, wenngleich der Widerruf auch schon innerhalb dieses Zeitraums geschehen konnte.[12]

Man hat nun in neuerer Zeit[13]) behauptet, daß die Römer von einer Form des ausdrücklichen Widerrufs insofern abgesehen hätten, als bei jedem Widerruf, in welcher Gestalt auch immer, eine exceptio doli gegen die Testamentserben begründet würde. Man stützt sich dabei auf zwei Stellen von Ulpian.[14]) Wenn man auch von der letzteren nicht ohne weiteres mit Koeppen[15]) annehmen darf, daß sie sich nur auf Vermächtnisse bezieht,[16]) so ist doch durch die Stelle nichts gesagt über die Art, wie der Wille des Erblassers sich zu offenbaren habe, damit er gültig sei. Daß das nach wie vor in der richtigen Weise zu geschehen hat, steht daher außer Zweifel.[17])

Was aber die ersterwähnte Stelle Ulpians betrifft, so ist zu sagen, daß sie zwar losgelöst für sich die Bedeutung haben kann: Die Intestaterbfolge tritt ein, wenn der Erblasser auf irgend eine Art zu erkennen gibt, daß ein Testament nicht mehr gelten solle, im Zusammenhang mit dem ganzen Satzbau aber erhellt, daß nur der Widerruf durch Vernichtung der Urkunde näher erläutert werden soll.[18])

Die Wirkung dieses eigenartig gestalteten Widerrufs war wie bei Neuerrichtung eines Testaments vernichtend ipso iure. Jedoch hob dieses jedesmal das frühere Testament ganz auf, so hatte die Widerrufserklärung

[7]) Diese aber auszuschließen, liegt keine Handhabe vor.
[8]) Entgegen Mühlenbruch, 38 S. 272.
[9]) A. a. O., S. 573.
[10]) Vielleicht war die Meinung der Kaiser, der Wille des Erblassers, der ein oben aufgesetztes Testament widerruft, sei unzuverlässig und wankend, erst eine gewisse Zeitdauer könne zeigen, daß der Widerruf der feste Wille des Erblassers sei.
[11]) Ein gerichtlicher Widerruf allein und ebenso drei oder mehr Zeugen allein — testes idoneos non minus tribus l. 27 § 2 C. 6, 23 — genügten schon deshalb nicht, weil man sonst wieder auf die Testamentsformen hinausgekommen wäre, die man gerade nicht anwenden wollte. vgl. Mühlenbruch a. a. O., S. 292 ff.; v. Vangerow, 2 § 460 III 1; Sintenius, a. a. O.
[12]) v. Vangerow, a. a. O.; Mühlenbruch, a. a. O., S. 274 ff.
[13]) Krüger, Krit. Vers. „Über den formlosen Widerruf des Testamentes", S. 1 ff. Siehe ältere Lit. b. Mühlenbruch, a. a. O., S. 250 ff.
[14]) l. 1 § 8 D. 38, 6. l. 4 § 10 D. 44, 4, heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.
[15]) § 85 2 c Anm. 2, S. 573.
[16]) Siehe Mühlenbruch, a. a. O., S. 325.
[17]) Vgl. v. Vangerow a. a. O., § 460 IV; Mühlenbruch a. a. O., S. 322 f.; Vering röm. Erbrecht, S. 466 und Anm. 1. Siehe die übereinstimmenden Ausführungen von Vering und Koeppen a. a. O., vgl. l. 22 D. 34, 4 (auch l. 36 § 3 D. 29, 1) über die Verschiedenheit der Aufhebung einer Erbeinsetzung und eines Vermächtnisses.
Auch eine vom Widerruf der Kodizille hierher übertragene Analogie wäre deshalb nicht angängig, weil der Grund, weshalb es bei Kodizillen nur auf den Beweis der Willensänderung ankam, nicht auf die Form, lediglich darin zu suchen ist, daß die Kodizille nach r. R. keiner besonderen Errichtungsform bedurften.
[18]) Vgl. Windscheid, § 564, 2 Anm. 7; v. Vangerow, § 460 IV; Sintenis, a. a. O.; Mühlenbruch, a. a. O., S. 250 ff. Die Annahme, daß der Intestaterbe aus jeder formlosen Widerrufserklärung eine exceptio doli gegen den Testamentserben ausrüngen könne, widerspricht auch der altr. Regel: heriditatem adimi non potest. (l. 13 § 1 28, 2.) Sie bedeutete, daß weder eine formlose Erklärung, noch eine in Testamentsform gehaltene irgendwelche Wirkung auf die frühere Erbeinsetzung ausüben konnte. Daß späterhin auch das prätorische R. nicht von ihr abgewichen ist, zeigt die Aufnahme in das corpus iuris. Vgl. Leist, Bd. 37 und 38, 4, S. 236.

diese umfassende Kraft nur dann, wenn alle Erbeinsetzungen, resp. die einzigste davon betroffen wurde.[19] [20] Denn solange auch nur noch eine Erbeinsetzung gültig blieb, blieb auch das Testament und die widerrufenen Erbanteile fielen dem resp. den noch übrig bleibenden Eingesetzten an.[21]

Wie aber, wenn die Erbeinsetzung nicht in gehöriger Form widerrufen war, z. B. der Erblasser hatte eine Testamentsform gewählt? Ein solcher Widerruf konnte konsequenterweise keine tilgende Kraft haben. Auf der andern Seite aber stand klar der entgegenstehende Wille des Erblassers und das Gebot der Achtung seiner suprema voluntas. Die besondere Lage war die: Die Nächstberufenen konnten die Erbschaft nicht erhalten, denn es lag kein gesetzlich vorgeschriebener Widerruf vor. Der Testamentserbe konnte sie aber auch nicht erhalten, denn die suprema voluntas stand dem entgegen. Und da jeglicher positive Hinweis auf Personen, denen man auf Grund der contraria voluntas die exceptio doli hätte geben können, fehlte, so war Grund genug für den Fiskus, daß er die Erbschaft unter Tragung der aufgelegten Vermächtnisse einzog. Zwar hatte die Kaisergesetzgebung dieses Recht des Fiskuk auf den konkreten Fall der Errichtung eines zweiten ungültigen Testaments aufgebaut,[22] aber daß man dabei nicht stehen blieb, zeigt die Entscheidung Mark Aurels,[23] wonach schon die Namensdurchstreichung des Testamentserbens als die rein negative Erklärung des Erblassers, daß er den Eingesetzten nicht wolle, angesehen werden sollte. Der Testamentserbe war „indignus“[24] und die Erbschaft konfiszierte der Fiskus. Man sieht, die Voraussetzungen waren es — die Ungültigkeit eines Widerrufs und der fehlende positive Wille, — auf denen sich das Recht des Fiskus bildete. Diese treffen aber auch bei dem formlos oder nicht formgerecht erklärten Widerruf zu. Man kann daher nicht anstehen, auch hier die Erbschaft dem Fiskus zuzuweisen.[25]

Im Falle einer nicht formgerechten bloßen Widerrufserklärung blieb also, obgleich der Wille des Erblassers fehlte, die Erbeinsetzung aufrecht erhalten, d. h. juristisch blieb der eingesetzte Erbe, faktisch jedoch erhielt die Erbteile der Fiskus.

Anders, wenn der eigentliche Wille bei formell zu Recht bestehender Widerrufserklärung fehlte, z. B. der Erblasser war durch Irrtum oder Zwang zum Widerruf veranlaßt worden. Hier lag eine klar zu erkennende Absicht des Erblassers vor, er hätte, wenn er der trügerischen resp. gewaltsamen Umstände Herr gewesen wäre, das Testament nicht widerrufen. Es liegt also auch hier, wie vorhin, ein ungültiger Widerruf vor, aber mit der Wirkung, daß der Testamentserbe auch faktisch Erbe bleibt, da er erweislich die suprema voluntas für sich hat.

---

[19]) Vgl. Windscheid, § 564. 2 Anm. 6.

[20]) Mit dem Testamente fielen auch die Vermächtnisse; es sei denn, daß sie für fideikommissarisch erklärt worden waren (clausula codicillaris)

[21]) nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. Vgl. Anm. 1, S. 33.

[22]) l. 12 D. 34, 9. Siehe auch l. 16 § 2 h. t.

[23]) Siehe Anm. 22.

[24]) Dieser Ausdruck war insofern nicht passend, als in jedem Widerruf nicht eine Unwürdigkeitserklärung zu liegen brauchte (wohl aber umgekehrt).

[25]) Vgl. Leist, Bd. 37 u. 38, 4, S. 276, S. 223/8; Mühlenbruch, Bd. 38, S. 264/7; Windscheid, § 673; Koeppen, 1, S. 149 Nr. 12.

Voraussetzung der Geltendmachung aber ist, daß jede Widerrufshandlung n a c h Vollendung des Testaments geschieht. *) Vgl. l. 12 D. 34, 9: „per/acto testamento.“ Daher stehen mit der erwähnten Stelle auch nicht im Widerspruch l. 2 § 7 37, 11, l. 8 § 3, 37, 11 D., die sich nur auf die Widerrufshandlung v o r Vollendung des Testamentes beziehen. Vgl. dazu Koeppen 1 § 18, 12 Anm. 3; Krüger a. a. O., S. 12 Anm. 2; Leist a. a. O., S. 276 Anm. 50; Schirmer, Sav. Z. V., S. 9 f. Zweifelhaft Windscheid § 673 Anm. 1, daher die Lösungsversuche.

*) Von der Widerrufserklärung wird das stets anzunehmen sein.

Das BGB. bestimmt in § 2254: „Der Widerruf erfolgt durch Testament." Also auch hier in Übereinstimmung mit dem r. R. Aufrechterhaltung der Form, auch das BGB. kennt einen formlosen tatsächlichen Widerruf nicht. Aber im Gegensatz zum r. R. kein Zeitablauf, also freie Zulassung der Widerrufserklärung, und — Testamentsform. Das BGB. sah sich zu letzterer Bestimmung viel eher imstande als das r. R., da der Testamentsbegriff nicht so eng und geschlossen war. Allerdings scheint von der inhaltlichen Erweiterung des Testaments als jedwede positive Erklärung bis zur Anerkennung einer lediglich verneinenden ein großer Schritt. Aber wenn auch in erster Linie die beliebig positive Verfügungsmöglichkeit des Erblassers Bestimmungen an die Testamentsformen knüpfen ließ, so liegt doch darin gleichzeitig die für den Gesetzgeber bedeutungsvolle Möglichkeit[26]) beschlossen, daß der bisherige Erbe oder Vermächtnisnehmer nach dem Willen des Erblassers ausscheidet. Diese Möglichkeit aber wird bei einer lediglich verneinenden Verfügung jedesmal zur Tatsache. Diese Übereinstimmung im Erfolg zwischen positiver und negativer Verfügung[27]) und deren große Bedeutung für die ganze Erbfolge, sowie andererseits die Tatsache, daß auch der bloße Widerruf in bestimmter Richtung positiv verfügen kann,[28]) hat den Gesetzgeber veranlaßt, beide gleich zu beurteilen und besonders hinsichtlich der Form für die negative Verfügung keine Erleichterung zu gewähren. Wenn daher Planck[29]) sagt: Die Formerleichterungen seien nicht nötig, da wir das eigenhändige Testament hätten, so ist dem nur in dem Sinne zuzustimmen, als infolge Zulassung des eigenhändigen Testamentes eine Erschwerung des Widerrufs durch Formerfordernis praktisch weniger fühlbar wird, denn eine tatsächliche Beeinträchtigung auf die Formvorschrift des Widerrufs hat nicht stattgefunden.[30])

Da das BGB. für den ausdrücklichen Widerruf schlechthin Testamentsform fordert, so ist einleuchtend, daß der Widerruf nicht nur in einer einzigen, sondern in allen den Formen möglich ist, in denen eine positive Verfügung errichtet wird, also sowohl in den ordentlichen (§ 2231 Nr. 1 u. 2) als auch in den außerordentlichen (§§ 2249/51), soweit die Voraussetzungen für diese erleichterten Formen zur Zeit des Widerrufs vorhanden sind. Nicht minder frei ist die Wahl der Form, denn alle Testamentsformen haben materiell gleichen Wert, und so kann es sehr wohl geschehen, daß ein öffentliches Testament in amtlicher Verwahrung geblieben und gleichwohl kraftlos geworden ist, der Erblasser hat es z. B. privatschriftlich widerrufen.

Wie im r. R. nicht das ganze Testament widerrufen zu werden braucht, z. B. nur eine von mehreren Erbeinsetzungen, so kann auch im BGB. entsprechend seinem erweiterten Testamentsbegriff jede einzelne Verfügung widerrufen werden.[31]) Dies sagt ausdrücklich § 2253, 1 und da § 2254 nach dem Gesetz die regelmäßige Widerrufsform darstellt, äußer-

---

[26]) Nur die Möglichkeit, denn der Erblasser kann z. B. auch seine gesetzlichen Erben testamentarisch einsetzen.

[27]) Siehe M. V, S. 298 oben: „Die verneinende Wirkung beider ist gleich". Boehm, § 64 II Abs. 2; Staudinger, Bem. III A Abs. 3 zu §§ 2253 ff.

[28]) Man denke z. B. an den Widerruf des Widerrufs (§ 2257), oder daß der auf einen Bruchteil eingesetzte Miterbe infolge teilweisen Widerrufs nach §§ 2089, 2094 Alleinerbe wird.

[29]) Bem. 1 Abs. 1 zu § 2254.

[30]) Schon der Entw. I, der das eigenhändige Testament ablehnte (M. V, S. 257 ff.) enthielt in § 1933 die Bestimmung, daß, auch wenn die Erklärung nur Aufhebung bestimmt, die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung finden sollen. Siehe auch Begründung der M. V, S. 297 ganz unabhängig von dem eigenhändigen Testament.

[31]) Während aber im r. R. der widerrufene Erbteil den übrigen Eingesetzten anfällt, geht er im BGB. mangels besonderer Bestimmungen des Erblassers an die gesetzlichen Erben.

lich dadurch gekennzeichnet, daß sie an der Spitze der Widerrufsformen steht, so ist in dieser Widerrufsform jeder Teilwiderruf zulässig.

Bezüglich des Inhalts der Widerrufserklärung hat man sich in der Literatur des öfteren dahin ausgedrückt, daß er auch allein in Widerruf bestehen könne, als ob das eine besondere Art des Widerrufs nach § 2254 sei.[32]) Demgegenüber ist hervorzuheben, daß gerade der alleinige Widerruf der Kernpunkt des § 2254 ist, und daß umgekehrt die Möglichkeit des Hinzufügens positiver Bestimmungen besonders hingestellt werden muß. Mit Recht sagt Staudinger[33]): „Der § 2254 hat nur den Fall im Auge, daß der Erblasser ausdrücklich widerruft." § 2254 steht im Gegensatz zu § 2258, 1, und will gerade und nur besagen, daß eine lediglich verneinende Verfügung wie eine positive zu behandeln ist.[34]) Danach wäre die Frage aufzuwerfen, ob sich der Inhalt einer nach § 2254 getroffenen Verfügung im tatsächlichen Widerruf erschöpfen muß? Z. B. im Testament sind A, B, C, D zu je ein Viertel eingesetzt; im Widerrufstestament steht: „Ich widerrufe die Zuwendung an A, — mein Freund E soll ein Drittel meines Vermögens haben." Hier liegt ursprünglich ein Widerruf nach § 2254 vor, an den sich durch die nachfolgende positive Bestimmung ein Widerruf nach § 2258, 1 anschließt. Das Widerrufstestament umfaßt also zwei ganz verschiedene Widerrufsarten, die beide an und für sich eine selbständige Form für sich erforderten. Wenn dem nicht entsprochen und der Doppelwiderruf dennoch gültig ist, so liegt das an dem Factum, daß beiden Widerrufsarten ein und dieselbe Form zusteht.[35]) Der Inhalt muß deshalb gleichgültig sein für die gewählte Form, denn es wäre ein unbilliges Verlangen, wenn man dem Erblasser dieselbe Form zweimal hinter einander innezuhalten zumuten wollte. Hat aber im erwähnten Fall ein nach § 2253, 2 Entmündigter verfügt, so ist die positive Bestimmung ungültig, da für sie volle Testierfähigkeit des Erblassers Voraussetzung bildet. Sollte sich dann weiter herausstellen derart eine innerliche Abhängigkeit der verschiedenen Willensäußerungen, daß der Erblasser die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen hätte, so müßte auch die negative Verfügung ohne Wirkung bleiben.

Der Bedeutung, die dem ausdrücklichen Widerruf zukommt,[36]) entspricht es, daß er nicht nur der Form nach, sondern auch in den übrigen Beziehungen als eine letztwillige Verfügung geachtet wird. Daher sagt das Gesetz: „Der Widerruf erfolgt durch Testament" und nicht „in Testamentsform". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur hinsichtlich eines Punktes, sondern überhaupt allgemein der Widerruf eine letztwillige Verfügung ist. Für die Wirksamkeit des Widerrufs finden daher die allgemeinen, und die besonderen erbrechtlichen Grundsätze Anwendung, wie bei einer positiven Verfügung und dem Widerruf nach § 2258, 1, mit den Ausnahmen, die sich aus der Natur der ausdrücklichen Verneinung ergeben.

Auch der ausdrückliche Widerruf muß in erster Linie die Voraussetzungen erfüllen, die sich an die Person des Widerrufenden, an die Form des Widerrufs und an den Inhalt knüpfen. Wird ihnen nicht entsprochen, so ist von vornherein kein rechtsgültiger Widerruf vorhanden, er ist nichtig wie eine positive letztwillige Verfügung, und das Testament, das widerrufen werden sollte, bleibt in Kraft.

[32]) Planck, Bem. III zu § 2254; Frommhold, Bme. 3 zu § 2254; Kuhlenbeck, Ziff. 3 zu § 2254.
[33]) Bem. III A Abs. 4 zu §§ 2253/57; s. a. Neumann, 2 Bem. 1 zu § 2254, S. 605.
[34]) Vgl. M. V, S. 297.
[35]) Die Römer kannten daher nur den bloßen Widerruf als Inhalt der Erklärung des Erblassers.
[36]) Vgl. Erört. S. 108.

Im besonderen ist zu sagen:

Bezüglich der Person: Die Testierfähigkeit ist gegenüber § 2258, 1 erweitert, auch ein nach § 2253, 2 Entmündigter kann gültig widerrufen.[37])

Bezüglich der Form: Auch hier macht Mangel der Form den Widerruf nichtig; das erste Testament behält seine Gültigkeit. Eine Entziehung der im ersten Testament erfolgten Zuwendung infolge der fehlenden suprema voluntas, kennt das BGB. im Gegensatz zum r. R.[38]) nicht. Die unter § 2258 behandelte Frage über Veränderungen[39]) beim eigenhändigen Testament taucht auch hier wieder auf, denn es ist der Fall denkbar, daß der Widerruf noch während der Entstehung des eigenhändigen Testamentes erfolgt ist. Dann ist nur ein Testament vorhanden und der Widerruf als nachfolgende Gegenbestimmung einer voraufgegangenen im Zusammenhange des ganzen Testamentes gültig.[40]) Ist aber die Widerrufserklärung nach Vollendung des eigenhändigen Testamentes erfolgt, so müßte sie für ungültig erklärt werden, denn § 2254 bestimmt: „Der Widerruf erfolgt durch Testament." Würde auch in Ermanglung der zeitlichen Feststellbarkeit der lediglich aufhebenden Einschaltungen auch hier wieder eine gewisse Härte nicht immer empfunden werden, so wird die Schwierigkeit und damit die Bedeutung der Frage im Gegensatz zu § 2258 gehoben durch den nachfolgenden § 2255, der in dieser Beziehung als Ausnahme zu § 2254 gelten muß.[41])

Bezüglich des Inhalts: Was den Inhalt der Verfügung angeht, so darf der Widerruf nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Eine unmittelbare Verfehlung wider die guten Sitten durch bloßen Widerruf muß als ausgeschlossen gelten. Nur insofern könnte man mittelbar davon sprechen, als durch eine hinzugefügte unsittliche Bedingung die Tendenz des Widerrufs selbst unsittlich wird.[42])

Im übrigen sind die Ausführungen unter § 2258 hinsichtlich unerlaubter oder unsittlich aufschiebender Bedingungen entsprechend anzuwenden, ebenso bezüglich unmöglich aufschiebender Bedingungen und aufschiebender Bedingungen überhaupt.[43])

Die positive Einsetzung eines bereits Gestorbenen durch bloßen Widerruf entfällt. Wird aber die Zuwendung an einen bereits Gestorbenen widerrufen, so liegt ursprüngliche Unwirksamkeit vor, denn der Nichteintritt des durch die Zuwendung gewollten Erfolges stand schon vor der Widerrufserklärung fest.

Hinsichtlich Willensmängel des Erblassers, die den Widerruf vernichten, gilt folgendes:

Eine Mentalreservation (§ 116, 1) beeinträchtigt die Kraft des Widerrufs nicht, wohl aber eine Scherzerklärung (§ 118); in diesem Fall ist also der Widerruf nichtig, das erste Testament behält unverändert seine Gültigkeit.[44])

Neben diese ursprünglichen Nichtigkeitsfälle treten die der späteren Entkräftung des Widerrufs.

Zunächst die Anfechtung: Eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung ist zwar konstruierbar, aber theoretisch undenkbar

[37]) Vgl. S. 20 ff.
[38]) Vgl. Erört. S. 104 ff.
[39]) Vgl. Erört. S. 45—60.
[40]) So z. B. wenn er sich in ordnungsmäßiger Fortsetzung innerhalb der vom Erblasser innegehaltenen Schriftreihen befindet.
[41]) Vgl. darüber Erört. S. 132 ff.
[42]) Beispiel: Der Erblasser schreibt in das Widerrufstestament: „Die Zuwendung an A. widerrufe ich, falls er sich nicht verpflichtet, die B. zu heiraten." Durch die Androhung dieses Nachteils soll A. zur Heirat gezwungen werden.
[43]) Vgl. Erört. S. 61, 1, S. 64, 2, S. 94 ff.
[44]) Vgl. Erört. S. 67 ff.

und praktisch ausgeschlossen. Der Erblasser müßte ausdrücklich eine Widerrufserklärung niederschreiben, dabei aber gar keine Widerrufsabsicht haben und keine Vorstellung davon, daß dadurch rechtlich die positive Verfügung, die der Widerruf trifft, kraftlos wird. Hier liegt entweder eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung vor, oder aber der Erblasser schrieb im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit. In allen drei Fällen aber ist die Erklärung nichtig von Anbeginn. Anders wenn der Erblasser eine Erklärung des niedergeschriebenen Inhaltes überhaupt nicht abgeben wollte; z. B. er will die Zuwendung an A. widerrufen, verschreibt sich und widerruft die an B. Der Widerruf kann auf Grund des fehlenden Aufhebungswillens angefochten werden. Ebenso wenn der Widerruf veranlaßt ist durch Irrtum im Beweggrunde oder Drohung (§ 2078, 2).[45])

Dagegen wird wieder eine Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079) nicht stattfinden können; denn widerruft der Erblasser die in einem Testament erfolgte Zuwendung an einen Pflichtteilsberechtigten, so liegt kein Übergehen vor, da der Erblasser absichtlich den Pflichtteilsberechtigten auf seinen Pflichtteil beschränken will; wird aber ein Testament, in dem ein Pflichtteilsberechtigter nach § 2079 übergangen ist, widerrufen, so dient der Widerruf gerade dazu, die gesetzliche Erbfolge wieder herzustellen: erlangt endlich durch den Widerruf eines Testamentes, in dem der Pflichtteilsberechtigte bedacht ist, ein früheres Testament Geltung, in dem er nicht bedacht ist, so kann er den Widerruf lediglich nach § 2078, 2 anfechten unter Beweis, daß der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage nicht widerrufen hätte.[46]) Was aber die Geltung des ersten Testamentes anlangt, so ist hier der Pflichtteilsberechtigte tatsächlich übergangen. Neben der Möglichkeit der Anfechtung des Widerrufs nach § 2078, 2 steht ihm daher die Anfechtung des ersten Testamentes nach § 2079 offen. Im ersten Fall würde das erste Testament wieder zur Geltung kommen, im zweiten Fall die gesetzliche Erbfolge eintreten.

Aus den angeführten Möglichkeiten aber geht hervor, daß die Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten stets eine positive Verfügung erfordert.

Über Anfechtungsberechtigung, -erklärung, -wirkung kommen die unter § 2258 ausgeführten Erörterungen zur entsprechenden Anwendung.[47])

Da der Widerruf in Testamentsform erfolgt, so stehen dem Erblasser unter den gegebenen Voraussetzungen die außerordentlichen Formen §§ 2249 ff. offen. Der Widerruf gilt daher, wenn der Erblasser drei Monate nach der Erklärung noch lebt, als nicht erfolgt, und das erste Testament tritt wieder als von Anfang an geltend in Kraft (§ 2251, 1).

Neben den Zeitablauf tritt als weiterer Unwirksamkeitsgrund in Parallele mit § 2258, 2 der Widerruf des Widerrufs (§ 2257).[48]) Beide Paragraphen sind, wie schon die übereinstimmende Fassung erkennen läßt, aus gemeinsamen Erwägungen hervorgegangen. Sie sind daher auch unter gemeinsamen Gesichtspunkten zu betrachten. Daraus folgt für § 2257 folgendes:

Die Wirkung des Widerrufs ist eine totale. Der erste Widerruf wird

[45]) Vgl. Erört. S. 72 f.
[46]) Ein Beispiel würde etwa sein, wenn der Erblasser auf die fälschliche Nachricht vom Tode des Pflichtteilsberechtigten widerruft.
[47]) Vgl. Erört. S. 74 ff.
[48]) Entw. I (vgl. M. V, S. 298/99, 305) hatte die rückwirkende Wiederherstellung des ursprünglichen Testamentes als mit der lediglich verneinenden Kraft eines Widerrufs unvereinbar abgelehnt und erst in der 2. Komm. (Prot. V, S. 352) hatten die §§ 2257, 2258, 2 als einem praktischen Bedürfnis regelmäßig entsprechend Aufnahme gefunden.

vernichtet. Würde daher der zweite Widerruf widerrufen, was allerdings nur in dem Falle möglich ist, daß der zweite Widerruf nach § 2254 erfolgt ist, so kann der erste Widerruf nicht wieder zur Geltung gelangen. Da aber durch den Widerruf des zweiten Widerrufs das ursprüngliche Testament nicht mehr gültig bleiben kann, so wird im Gegensatz zu § 2258, 2 [49]) nur unmittelbar das erreicht, was auch auf dem Umwege des Wiederwirksamwerdens des ersten Widerrufs eingetreten wäre: die gesetzliche Erbfolge.

Voraussetzung des Widerrufs nach § 2257 ist, daß der zu widerrufende Widerruf nach § 2254 erfolgte; denn durch die Worte: „Wird der durch Testament erfolgte Widerruf widerrufen . . .“ erhellt, daß die nicht durch Testament erfolgenden Widerrufe des §§ 2255/56 nicht eingeschlossen sind; für den durch Testament erfolgenden Widerruf nach § 2258, 1 aber ist besonders Vorsorge getroffen (§ 2258, 2). Aber der Widerruf darf auch nur nach § 2254 erfolgt sein. Ist außerdem das ursprüngliche Testament vernichtet (§ 2255) oder aus der Verwahrung genommen (§ 2256, 1), so kann in diesem Fall § 2257 deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil der durch §§ 2255/56 ausgedrückte Widerruf ein Wirksamwerden des ersten Testamentes durch Widerruf nicht mehr gestattet. [50]) Ein Widerruf nach § 2257 wird daher nur möglich sein, wenn das ursprüngliche Testament unversehrt vorhanden ist, es sei denn, daß es aus zufälligen Gründen zerstört oder abhanden gekommen ist.

Der Widerruf selbst kann erfolgen nach §§ 2254/56. Auch dieser Widerruf kann wieder in allen drei Formen widerrufen werden, wenn er nach § 2254 erfolgt ist. Das wirksame erste Testament würde dadurch wieder beseitigt werden und von neuem die gesetzliche Erbfolge eintreten. Ein Widerruf nach § 2258, 1 mit der Wirkung des § 2257 ist aus denselben Gründen wie oben [51]) ausgeschlossen.

Über die rechtliche Natur des § 2257 herrscht der schon unter § 2258 erwähnte Streit. Matthiaß, Boehm, Dernburg und im Gegensatz zu der oben vertretenen Ansicht auch Staudinger [52]) vertreten die dispositive. — Planck, Endemann, Frommhold [53]) die zwingende Natur. Staudinger, der die Wirkung des § 2257 nicht eintreten lassen will, „bei ausdrücklich bestimmter oder zweifellos erkennbarer“ Gegenabsicht des Erblassers, wendet sich gegen Planck mit der Ausführung, daß, wenn man den Umfang des Widerrufs sich bemessen lasse nach dem Willen des Erblassers, ihm auch der Ausschluß des § 2257 überhaupt freistehen müsse. Letzteres aber will auch Planck nicht verneinen. Das erhellt zunächst aus Plancks eigener Ausführung und Berufung auf Endemann und Frommhold. [54]) Bei letzterem ist mit keinem Wort angedeutet, daß der Erblasser die Wirkung des § 2257 überhaupt nicht ausschließen könne. [55]) Es wird vielmehr nur gesagt, daß, wenn einmal der Erblasser schlechthin den ersten Widerruf widerrufen hat, trotz fehlender näherer Erklärung der Beweis, daß er nur einzelne Verfügungen des ersten Testamentes wieder herstellen wollte, offen zu lassen ist. Also nur bei fehlender Erklärung des Erblassers ist der Beweis, daß er die ursprüngliche Verfügung überhaupt nicht wiederherstellen wollte, ausgeschlossen. Schon an anderer Stelle [56]) hat Planck

[49]) Vgl. Erört. S. 84.
[50]) Vgl. Planck, Bem. II zu § 2257; Frommhold, Bem. 2 zu § 2258; Dernburg, § 40 Anm. 4.
[51]) Vgl. Erört. S. 87.
[52]) Matthiaß, § 278 III; Boehm, § 61 II. S. 199; Dernburg, § 40 III; Staudinger, Erl. 4 Abs. 3 zu §§ 2253/7.
[53]) Planck, Bem. IV zu § 2257; Endemann, § 50 Anm. 9; Frommhold, Anm. 3 zu § 2257.
[54]) A. a. O.
[55]) Endemann (§ 50 2 c) sagt z. B. ausdrücklich: „Will der Erblasser dies (sc. die Wiederwirksamkeit des ersten Testaments) verhüten, so mag er . . .“
[56]) Bem. III Abs. 1 zu § 2258 unter Hinweis auf Bem. IV zu § 2257.

die dispositive Natur verneint, aber mit den ausdrücklichen Worten: „Wenngleich der Erblasser es natürlich in der Hand hat, die Wiederherstellung des ersten Testamentes besonders auszuschließen." Danach will auch Planck keineswegs den letzten Willen des Erblassers unberücksichtigt lassen, vielmehr ist die Hauptfrage nur die, wann sich zweifellos der die Wirkung des § 2257 aufhebende Wille des Erblassers erkennen läßt. Und hier ist mit Planck und im Anschluß an das unter § 2258 Ausgeführte [57]) zu sagen, daß aus äußeren Umständen zu gewinnende Anhaltspunkte nicht genügen. [58]) Darin liegt der Zwang der gesetzlichen Wirkung des § 2257, daß der Erblasser sie nur entgegen sonstigen Auslegungsregeln durch besondere Verfügung auszuschließen vermag. Die liegt aber sehr wohl vor, wenn er ausdrücklich im zweiten Widerrufstestament erklärt, das ursprüngliche Testament solle nicht wieder zur Geltung kommen. Ist aber der zweite Widerruf nach §§ 2255/56 erfolgt, so bleibt nichts übrig, als das ursprüngliche Testament nochmals aufzuheben oder von neuem positiv zu verfügen. [59])

Endlich ist noch zu erwähnen, daß man bei dem Widerruf nach § 2254 von einem Ausschlagen, Versterben oder einer Erbunwürdigkeit seitens des Bedachten in eigentlichem Sinne nicht reden kann, da der bloße Widerruf unmittelbar keine positive Einsetzung enthält; ist aber durch den Widerruf eine positive Verfügung wieder wirksam geworden, und tritt hinsichtlich der dort eingesetzten Personen einer der obenbezeichneten Fälle ein, [60]) so wird durch diese Ereignisse der Widerruf in keiner Weise berührt, denn der Widerruf als solcher steht selbständig da, unabhängig seiner aus Gesetz oder Testament sich ergebenden indirekten Wirkungen.

§ 7.

Widerruf durch Zerstörung der Testamentsurkunde mit Aufhebungsabsicht.

Neben dem altzivilen Widerruf durch neues Testament und dem Widerruf durch einfache Erklärung, das Testament solle nicht mehr gelten, der erst unter Justinian möglich wurde, kannte das r. R. noch eine dritte Widerrufsart, die absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde. [1]) [2]) Voraussetzung ist also für den gültigen Widerruf die Absicht des Erblassers. War das Testament oder dessen Inhalt nur aus Versehen des Erblassers oder durch Zufall von anderer Seite zerstört, so war das bedeutungslos. [3]) Das Testament blieb bestehen, und die Eingesetzten wurden

[57]) Vgl. Erört. S. 87 ff., S. 92, 93.

[58]) „Zweifellos" erkennbar ist nur der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers. Daher ist auch die geäußerte Ansicht in den Protokollen (V, S. 35), daß eine aus den Umständen zu entnehmende entgegengesetzte Willensmeinung des Erblassers genüge, nicht als bestimmend zu erachten, da andererseits die Mehrheit die für den Antrag 4 gemachten Gründe für zutreffend erklärte, in dem ein unzweideutiges Zuerkennengeben der Absicht, die frühere Verfügung nicht wieder herzustellen, von seiten des Erblassers verlangt wird. Vgl. Prot. V, S. 353 oben.

[59]) Vgl. Endemann, § 50 2 c.

[60])

[1]) l. 1 § 8 D. 38, 6; l. 4 D. 28, 4.

[2]) In neuerer Zeit ist zwischen Schirmer und Krüger Streit entstanden über die Frage, ob diese Form des Widerrufs erst durch prätorisches oder schon durch ziviles Recht begründet sei. Vgl. Schirmer, Sav. Z. VII, S. 1 ff.; Krüger, Sav. Z. VII, S. 91 ff. Dawider Schirmer, Sav. Z. VIII, S. 99 ff. und wieder Krüger, Sav. Z. VIII, S. 109 ff. Für Krüger, der den zivilen Widerruf verwirft, s. Koeppen 3 S. 571 Anm. 2, Puchta, Inst. § 311 Anm. N S. 219; beide unter Berufung auf eine neue Lesart von Gaius II § 151. Siehe aber auch Leist 4 Bd. 37 u. 38, S. 200 ff., S. 260 A.

[3]) Vgl. u. a. Windscheid, § 561 Anm 8; Mühlenbruch, Bd 38, S. 261; Leist, Bd. 37/8 4, S. 264 bb; v. Vangerow, § 460 III 2; Sintenis, § 179 bei Anm. 34.

Erben, sofern nur sein Inhalt nachgewiesen werden konnte.[4]) Da aber die Urkunde die Verkörperung des letzten Willens des Erblassers bildete, so war der Beweis, daß die Zerstörung ohne Willen des Erblassers geschah, von denen zu führen, die die Gültigkeit wünschten.

Ferner mußte die Testaments u r k u n d e zerstört sein. Daraus folgt, daß sowohl die Vernichtung eines mündlichen Testamentes, etwa durch Zerstörung der Beweisurkunde, nicht möglich war, als auch die Zerstörung einer Testamentsabschrift keine Bedeutung hatte, denn in beiden Fällen ist die Urkunde kein Testament.[5])

Nicht nötig ist, daß jedesmal die ganze Urkunde oder der ganze Inhalt vernichtet wird.[6]) Zur Zerstörung genügt Durchstreichen, Abreißen der Siegel und jede andere Art, durch die sich der Wille des Erblassers ausdrückt, ohne testiert zu haben, zu sterben. Ist aber nur eine einzige Verfügung ausgestrichen oder unlesbar gemacht, so ist nur diese nichtig. Denn der entgegenstehende Wille richtet sich nur gegen den zerstörten Teil des Testamentes.[7])

Sind desgleichen mehrere gleichlautende Testamentsurkunden vorhanden — dasselbe Testament ist z. B. dreimal solennisiert worden, um der Gefahr eines Verlustes zu begegnen[8]) — so genügt die Zerstörung eines Originalexemplars. Jedoch ist in diesem Falle die Absicht des Widerrufswillens von den Intestaterben zu beweisen.[9]) da das Testament gerade Geltung haben sollte, falls nur beim Tode des Erblassers ein Originalexemplar vorhanden sein würde.

Wie das r. R., so kennt auch das BGB. einen Widerruf des Testamentes durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde.

Die tatsächliche Beeinflussung durch den Erblasser setzt voraus, daß der Erblasser die Verfügungsgewalt über das Testament hat. Daher wird praktisch diese Widerrufsform nur für nichtöffentliche Testamente Bedeutung haben, also in erster Linie für das eigenhändige Testament.[10]) Ferner aber auch für die nach §§ 2250, 2251 errichteten außerordentlichen Testamente, soweit sie nicht schon durch Zeitablauf (§ 2251, 1) kraftlos geworden sind, und für das privilegierte Militär-Testament, das nur hinsichtlich der Errichtungsform besonderen Regeln unterliegt.[11]) Immerhin aber ist der Widerruf eines öffentlichen Testamentes nach § 2255 nicht undenkbar. Ist es z. B. aus der amtlichen Verwahrung nicht auf die im § 2256 vorgeschriebene Weise gekommen, — man kann ein Versehen des Verwahrungsbeamten im Auge haben[12]) oder ist es z. B. unrechtmäßig entwendet, bevor es überhaupt in amtliche Verwahrung genommen ist,[13]) so liegt noch kein Widerruf vor, und der Erblasser ist imstande, das Testament mit wirkender Kraft nach § 2255 zu vernichten.[14]) Damit ist gesagt, daß der Widerruf nach § 2255 ebenso wie der testamentarische sich auf alle Testamentsarten beziehen kann.

[4]) l. 1 pr. l. 4 § 3 D. 28, 4.
[5]) l. 1 § 7 D. 37, 11; vgl. Leist, 37/8, 4, S. 245 4 c; Mühlenbruch, Bd. 38, S. 481, Bd. 39, S. 94, 99 ff.; Sintenis, § 179 bei Anm. 33. A. M.: Seuff. Arch. I Nr. 96.
[6]) l. 1 § 3 D. 28, 4; l. 1 § 8 D. 38, 6. „. . . . vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere."
[7]) Windscheid a. a. O.; v. Vangerow a. a. O.
[8]) l. 24 D. 28, 1. Vgl. Mühlenbruch, Bd. 38, S. 480/1.
[9]) l. 1 § 5 D. 38, 11; l. 4 D. 28, 4; vgl. Windscheid a. a. O., v. Vangerow a. a. O.; Sintenis a. a. O. bei Anm. 32; Leist a. a. O., S. 244, 4 a; Seuff. Arch. Bd. 9 Nr. 185, Bd. 38 Nr. 202.
[10]) Durch das Wörtchen „auch" in § 2255 erscheint § 2254 als Regel, gleichwohl wird ein eigenhändiges Testament, wenn es nicht in Verwahrung genommen ist, wohl nie nach § 2254 widerrufen werden.
[11]) R.-Mil.-Ges. v. 2. Mai 1874 § 44; vgl. Planck, Bem. II zu § 2255; Cosack, § 2258 I 2 a.
[12]) Planck, Bem. II zu § 2258.
[13]) Die Möglichkeit eines solchen Falles denke man sich z. B. gegeben aus § 2249 (s. dort Satz 3 in Verb. m. § 2246).
[14]) Vgl. M. V. S. 300 oben; Planck, a. a. O.; Staudinger, Bem. III b Abs. 2, zu §§ 2253/57; Boehm, § 64 III a. S. 200; Strohal, § 12 Anm. 11; Frommhold, Bem. 3 zu § 2255.

Was nun im einzelnen den Widerruf angeht, so ist sein Eintritt zunächst gebunden an die Vernichtung der Urkunde seitens des Erblassers, oder Veränderungen an der Urkunde, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt (§ 2255, 1).

Von einer Vernichtung wird man jedesmal dann reden, wenn der ganze Inhalt zerstört ist; nicht ohne Zweifel dagegen ist, was man unter den bezeichneten Veränderungen zu verstehen hat. Drei Anhaltspunkte gibt das Gesetz für eine nähere Bestimmung.

Das Gesetz verlangt Veränderungen an der Urkunde. Diese aber entsteht erst durch die Niederschrift des Textes. Es müssen daher an dem Texte Veränderungen vorgenommen werden. Werfe ich die Urkunde fort, erbreche ich die Siegel,[15]) so bleibt der Text unberührt, eine Veränderung ist nicht vorhanden;[16]) ebenso muß daher auch entschieden werden,[17]) wenn ich beide Handlungen zusammen vornehme; anders, wenn ich die Urkunde zerknülle und dann wegwerfe, hier wird die Urkunde, wenn auch nur äußerlich, verändert. Schreibe ich auf die Außenseite der Urkunde „Verbrennen", oder an den Rand des Textes „Veraltet", so ist auch darin keine Veränderung der Urkunde zu erblicken.[18]) Anders wenn ich den ganzen Text der Urkunde überquere mit dem Wort „Veraltet".

Diese strengen Auseinanderhaltungen erscheinen durchaus nicht ungerechtfertigt. Aus der Tatsache, daß man nach des Erblassers Tode eine Urkunde auffindet, und sei es auch mit erbrochenem Siegel, läßt sich nicht mit Sicherheit eine Aufhebungsabsicht des Erblassers vermuten. Der Erblasser kann sie verloren haben, er kann die Siegel erbrochen haben, um positive Zusätze zu machen. Bei dem Worte „Verbrennen" auf der Außenseite des Textes läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, ob es überhaupt vom Erblasser geschrieben ist, eine Unterschrift fehlt, und wie leicht ist ein eigenhändiges Testament Nachstellungen und Fälschungen unterworfen. Ist aber am Rande geschrieben „Veraltet", so weiß man ja gar nicht, auf welche Bestimmungen des Testamentes sich das beziehen soll, ob auf alle, einzelne oder nur eine, z. B. nur auf die, neben der das Wort „Veraltet" steht.

Den zweiten Anhaltspunkt bietet das Gesetz durch die Worte „Durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt". Darin liegt ein formales Element. Nicht jede Veränderung einer Urkunde genügt, sondern nur die, welche die durch das Gesetz ausgedrückte objektive Beschaffenheit hat. Zwar ist der Maßstab, den das Gesetz anlegt, sehr milde, es weist auf solche Fälle hin, die sich durch allgemeinen Brauch als mit Aufhebungsabsicht verbunden erwiesen haben. Aber dieser soll und muß sich auch der Erblasser bedienen. Hat er sich daher nur in einer seiner besonderen Gewohnheit entsprechenden Weise ausgedrückt, die vielleicht nur für die ihm Nahestehenden verständlich ist, so liegt trotz des klaren Willens des Erblassers und trotz der Veränderung kein Widerruf vor. Das Gesetz fordert eben gewisse objektive, jedermann klarwerdende Veränderungen, damit es nicht durch Nachgehen aller individuellen Eigenheiten in die Bahn vager Vermutungen gezogen und andererseits der Erblasser von unklaren und willkürlichen Handlungen abgehalten wird.[19])

[15]) Anders r. R. Erst durch die Siegelung wurde das Testament abgeschlossen. Daher die Bedeutung der Verletzung der Siegel.
[16]) Planck, Bem. III a zu § 2255; Cosack, § 2258 I 2 a; Dernburg, § 40 V Anm. 11; Staudinger, Bem. III B Abs. 1 zu §§ 2253/7.
[17]) Im Gegensatz zu Dernburg a. a. O.
[18]) Siehe Seuff. Bl. f. R. Bd. 73, S. 906 ff.
[19]) Siehe M. V. S. 300; Endemann, § 50 3 a; Landsberg, 2 § 278, 2 b cc, S. 1089. Bad. Rspr. 09, S. 193, S. 194 unten.

Endlich fordert das Gesetz Veränderungen, in denen sich der Aufhebungswille offenbart; „durch die der Wille eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben .....", also nur solche Veränderungen kommen in Betracht, deren Wirkung negativ ist. Aber auch alle solche. Das Gesetz hat daher auf eine Aufzählung verzichtet und die Motive[20]) haben nur die wichtigsten Fälle erwähnt, z. B. Zerreißen, Durchstreichen, Ausradieren, Zerschneiden, Unleserlichmachen (auch Einklammerungen sind dahin zu rechnen).[21]) Daraus ist zu schließen, daß auch Einschaltungen, sei es am Rande oder im Text, zulässig sind, sofern sie lediglich aufhebend wirken. Hat der Erblasser z. B. seine Kinder zu Erben seines Vermögens eingesetzt, und schreibt später, als sein ältester Sohn selbständig und reich geworden ist, an den Rand des Testamentes: „Mein Sohn A. soll fortan ausgeschlossen sein, da er das Geld nicht mehr benötigt", so ist nicht einzusehen, warum in diesem Hinzufügen eine Veränderung im Sinne des § 2255 nicht liegen soll. Zunächst wird dadurch die Urkunde verändert. Der Text bleibt zwar äußerlich unberührt, aber das Gesetz verlangt ja auch nicht äußerliche Textänderungen, sondern spricht allgemein von Änderungen an der Urkunde. Und um so mehr wird man an dieser allgemeinen Gesetzesfassung festhalten müssen, als ja die äußerliche Textänderung nur dazu dient, den Sinn des Textes aufhebend zu ändern.[22]) Das ist das entscheidende und das wird auch erreicht durch lediglich verneinende Einschaltungen. Wollte man dem aber nicht zustimmen, so dürfte man auch z. B. keine Einklammerungen für genügend erachten, denn dadurch wird der Text, die Niederschrift ebenso unberührt gelassen.[23]) Daß aber durch solche Einschaltungen der Aufhebungswille ausgedrückt zu werden pflegt, dürfte schlechterdings nicht bezweifelt werden, zumal da dem Erblasser infolge allgemeiner Ausdrucksweise im Testament[24]) oft nichts anderes übrig bleibt, als durch Wortvermehrung seinen Aufhebungswillen kundzutun, es sei denn, daß er ein ganz neues Testament errichtet.[25])

Die Gültigkeit eines Widerrufs solcher und ähnlicher präziser Einschaltungen aber wird von Mantey[26]) aus einem ganz andern Grunde heraus bestritten. Da die besagten Veränderungen zweifellos nur ganz bestimmte Personen betreffen, denn der ausdrücklich erklärte Wille des Erblassers geht nur auf diese, so muß mit der Annahme ihrer Gültigkeit auch ein teilweiser Widerruf zulässig sein. Das aber verneint Mantey mit aller Entschiedenheit. Auf die Motive,[27]) die eine Teilaufhebung des Testamentes für selbstverständlich und daher jeder gesetzlichen Fixierung für überflüssig halten, kann man sich deshalb nicht berufen, weil Mantey gerade auf später eingetretene Veränderungen seine Ansicht stützt und zwar folgendermaßen: Im § 2253 seien neben dem Testament auch ausdrücklich die einzelnen Verfügungen hervorgehoben, während § 2255 lediglich von Testament und Testamentsurkunde spreche. Dieser Gegensatz werde dadurch von bestimmender Bedeutung, daß im Entwurf I[28])

[20]) M. V. S. 301.
[21]) Vgl. Planck, Bem. III a δ zu § 2255; Entsch. im Recht 04, S. 284; ERG Bd. 69, S. 413.
[22]) Siehe jedoch Planck „äußere Veränderungen", Bem. III a und „äußerlich geeignete Handlungen", Bem. III a zu § 2255.
[23]) Diese aber will Planck anerkennen; siehe den Verweis auf Entsch. im Recht 04, S. 284, Planck a. a. O.
[24]) Vgl. Beispiel S. 132.
[25]) Daher ist auch einer K. G. Entsch. (Rspr. d. OLG. Bd. 10, S. 307/8) nicht zuzustimmen, die einen später eingefügten Vermerk: „Mit Ausnahme meiner Tochter Anna, welche mit den 6000 M. abgefunden ist", wegen Formmangels für nichtig erklärt. Es liegt hier lediglich eine Aufhebung vor, die Abfindungsangabe begründet nur den Ausschluß seiner Tochter.
[26]) Im Recht 1906, S. 555.
[27]) M. V, S. 301.
[28]) § 1934 (BGB. § 2255).

nur von „Verfügungen" die Rede und erst im Entwurf II[29]) der Ausdruck in „Testament" umgewandelt sei. Hätte damit die zweite Kommission wirklich eine solche Beschränkung des Widerrufs nach § 2255 gewollt, so würde das eine wesentliche, sachliche Änderung gegenüber dem Entwurf I bedeutet haben. Die Protokolle heben aber gerade hervor, daß die zweite Kommission s a c h l i c h einverstanden sei, und der angenommene abweichende Antrag nur die F a s s u n g ändern solle. Dieser Hervorhebung aber hätte es gar nicht einmal bedurft, da das Gesetz nicht zwischen „Testament" und „letztwilliger Verfügung" unterscheidet, und die Motive[30]) ausdrücklich davon Abstand nehmen, in einer „Verfügung" nur einen Teil des „Testamentes" noch im „Testament" die ganze Urkunde zu sehen.[31]) Und in der Tat ist § 2255 gerade für den Widerruf einzelner Verfügungen vorgesehen. Alle die Veränderungen, die vorzugsweise in Betracht kommen, wie Einklammerungen, Radierungen, Durchstreichungen etc. bringen lediglich den Willen zum Ausdruck, die ursprüngliche Anordnung teilweise aufzuheben, dagegen nicht die ganze Willenserklärung.[32]) Wollte man hier regelmäßig das ganze Testament unwirksam werden lassen, so würde das offenbar gegen den Willen des Erblassers verstoßen und damit gegen den Willen des Gesetzes, denn § 2255 hat zur Voraussetzung die Aufhebungsabsicht des Erblassers. Wollte man aber umgekehrt derartige Veränderungen einfach nicht beachten, so würde das ebenso offenbar dem Willen des Erblassers nicht entsprechen, und mit Recht größte Unzufriedenheit zeitigen. Die Literatur hat sich denn auch einmütig für die Annahme eines teilweisen Widerrufs ausgesprochen,[33]) auch Cosack, den Mantey für sich beanspruchen will. Denn wenn Cosack[34]) sagt: „Irgendwelche Manipulationen mit der alten Testamentsurkunde genügen nicht, z. B. Korrektur des Textes", so bezieht sich das im Zusammenhang des dort angeführten nur auf die positiven Zusätze, die nach § 2258 eine neue Testamentsform erfordern. Und wenn an anderer Stelle[35]) ausgeführt ist, „Rasuren und Durchstreichungen machen das Testament nicht ungültig", so bedeutet das nur, daß das g a n z e Testament nicht unwirksam wird.

Eine andere Frage ist, wie weit die Veränderungen an der Urkunde gehen können, ohne daß das ganze Testament hinfällig wird. Das wird sich nur im einzelnen Falle entscheiden lassen. Im allgemeinen ist zu sagen, daß die Urkunde aufrecht zu erhalten ist, solange noch eine Verfügung unverändert besteht.[36]) Doch wird in solchen Fällen mit Vorsicht zu verfahren sein, es wird besonders darauf Rücksicht zu nehmen sein, ob nicht die durch die Veränderungen hervorgerufene Unwirksamkeit fast aller Verfügungen die Unwirksamkeit des ganzen Testamentes nach sich ziehen sollte (§ 2085). Andererseits dürfen die Veränderungen nicht derart sein, daß der ganze Sinn des Testamentes dadurch unklar wird, z. B. durch Streichen einzelner Worte oder ganzer Sätze ohne Zusammenhang an verschiedenen Stellen des Testamentes, denn hier fehlt es an wesentlichen

[29]) Prot. V, S. 353.
[30]) V, S. 6.
[31]) Was aber den Vergleich des § 2255 mit § 2253 anlangt, so faßt § 2253 keine bestimmte Widerrufsart ins Auge, sondern spricht ganz allgemein einleitend von dem Widerruf überhaupt.
[32]) Das Gesetz sagt daher auch nur, „e i n e schriftliche Willenserklärung aufzuheben."
[33]) Vgl. Planck, Bem. III a zu § 2255; Endemann, § 50 III a, S. 215; Staudinger, III B Abs. 6; Boehm, § 64 III a, S. 200; ERG. Bd. 81, S. 293 ff., 300, 302.
[34]) § 358 II 1 c.
[35]) Cosack, § 353 bei Note 4.
[36]) Vgl. einen diesbezüglichen Fall in Bd. Rspr. 09, S. 193 oben, wo man sich für die Aufrechterhaltung eines Testamentes entschieden hat, in dem einzelne Worte, ganze Sätze durchstrichen und Veränderungen durch Einschaltungen mit Blei- und Farbstiften vorgenommen worden sind.

Voraussetzungen bezüglich der Form und des Inhaltes für die Gültigkeit des Testamentes überhaupt.

Liegt nun eine nach § 2255 gültige Veränderung bei Testamentseröffnung vor, so wird die frei werdende Portion den nächsten gesetzlichen Erben zufallen. Sollen jedoch auf Grund des bei der Testamentserrichtung niedergelegten Willens die Eingesetzten die alleinigen Erben sein, so erhöht sich entsprechend das Erbe der im Testament übrig bleibenden (s. § 2089).

Sind mehrere Testamentsexemplare angefertigt, so ist die Veränderung an einer Abschrift nicht zum Widerruf ausreichend; denn die Abschrift stellt nicht die Urkunde dar, und nur die an der Testaments u r k u n d e vorgenommenen Veränderungen sind rechtlich bedeutungsvoll. Ist aber eines von mehreren Originalexemplaren vernichtet oder zerstört, so fragt es sich, ob dadurch auch die übrigen betroffen werden. Brock[37]) verneint das schlankweg, denn der Widerruf bestände in tatsächlicher Unbrauchbarmachung der Niederschrift. Diese sei nicht erfolgt, solange noch eine intakte Urkunde vorhanden; außerdem könne der Erblasser leicht alle zerstören. Daraus, daß er das nicht getan, erhelle, daß er keine Widerrufsabsicht gehabt habe. Das erste Argument aber läßt sich ebensogut gegen Brock anführen. Denn tatsächlich ist doch eine Niederschrift unbrauchbar gemacht, und zwar eine, die rechtlich wirksamen, selbständigen Bestand hatte. Wird sie vernichtet, so wird ihr Inhalt daher rechtlich ungültig. Was aber das zweite Argument anlangt, so läßt sich dagegen sagen, daß der Erblasser sie nicht leicht immer alle zerstören kann. Man setze z. B. den Fall, daß die Urkunden an verschiedenen Orten aufbewahrt werden. Die Mehrzahl der Schriftsteller steht daher auf entgegengesetztem Standpunkt, teils ohne weiteres,[38]) teils mit der Einschränkung des erkennenden Aufhebungswillens.[39]) Wann aber ist eine dahingehende Absicht des Erblassers erkennbar? Es ist von der Erwägung auszugehen, daß ein Erblasser sich der größeren Sicherheit wegen mehrere Originalurkunden seines Testamentes anfertigen läßt. Er will, falls aus irgend einem Grunde die Verwirklichung des Inhaltes des einen versagt, doch kraft der anderen seinen letzten Willen aufrecht erhalten wissen. Daher greift zunächst die Vermutung Platz, daß bei der Zerstörung oder Veränderung der einen Urkunde die anderen gültig bleiben sollen. Es bedarf daher des Beweises, wenn man sich auf eine entgegengesetzte Absicht des Erblassers beruft. Dieser aber wird nicht leicht und oft zu führen sein; denn selbst wenn die Vernichtung durch den Erblasser erwiesen ist, so werden immer nur besondere Umstände hinzutreten müssen, die die Aufhebungsabsicht des Erblassers dartun, da die Aufbewahrung und Erhaltung der anderen Urkunden auf keine Aufhebungsabsicht schließen läßt.[40]) Daher wird demjenigen, der den Widerruf behauptet, die gesetzliche Vermutung aus § 2255, 2 nicht zur Seite stehen[41]) und in aller Regel, — wenn man auch nicht mit Brock[42]) s c h l e c h t h i n den Widerruf ausschließen kann, — die Vernichtung e i n e r Urkunde eine Aufhebung nicht zeitigen. Man kann daher nicht mit der Mehrzahl der Schriftsteller[43]) die Vernichtung oder Veränderung eines Exemplares positiv als genügend hinstellen, son-

[37]) Brock, Das eigenhändige Testament, S. 103.
[38]) Kuhlenbeck, Bem. 5 zu § 2255; Endemann, § 50 3 a Abs. 5; Frommhold, Bem. 4 zu § 2255.
[39]) Planck, Bem. III a β; Staudinger III, B. Abs. 3 zu § 2257; Dernb. § 40, Anm. 11.
[40]) Wilke, Bem. 3 zu § 2255.
[41]) Planck, Bem. III b, Abs. 2 zu § 2255; Staudinger a. a. O.
[42]) Brock a. a. O.
[43]) S. die Anm. 28, 39 zit.
Mit ihnen das RG. im Anschluß an das gem. R., vgl. Entsch. 14, S. 183 ff. Siehe aber auch die dortige Begründung S. 185.

dern muß vielmehr sagen: Die Zerstörung oder Veränderung eines Exemplares genügt nicht, es sei denn, daß die Aufhebung aus besonderen Umständen heraus bewiesen wird.[44])

Da auch der bloße Widerruf als letztwillige Verfügung erachtet wird,[45]) so kann der gültige Widerruf nicht durch einen Stellvertreter des Erblassers erfolgen, § 2064.[46]) § 2255 bestimmt daher, der Erblasser müsse in Aufhebungsabsicht vernichten. Dennoch hat sich die Literatur einmütig dahin einverstanden erklärt, daß die Vernichtungshandlung auf Geheiß des Erblassers auch von einem Dritten vorgenommen werden kann;[47]) und das ist nicht unberechtigt, wenn man in dem Dritten nur ein Werkzeug des Erblassers sieht.[48]) Fast ebenso einmütig aber haben sich die Schriftsteller gegen die Annahme ausgesprochen, daß eine Genehmigung, d. i. nachträgliche Einwilligung des Erblassers in die Vernichtungshandlung einen wirksamen Widerruf hervorrufen könne. Zum Beweise dessen wird von einer überwiegenden Partei[49]) angeführt, daß hier die schlüssige Aufhebungshandlung fehle unter Berufung auf eine Entscheidung des RG.[50]) Allerdings hat das RB. am genannten Orte gesagt, daß bei nachträglicher Einwilligung der Widerrufswille nicht aus der Vernichtung der Urkunde, sondern aus einem späteren Handeln des Erblassers erkannt werde. Die Entscheidung stellt aber nur diesen tatsächlichen Unterschied von der Beauftragung durch den Erblasser fest und fährt dann fort: „Es kann dahingestellt bleiben, ob es billig ist, daß eine nachträgliche Erklärung in Verbindung mit der Vernichtung ein gültiger Widerruf ist." Das RG. läßt also die hier zu entscheidende Frage offen, und man darf annehmen, daß das oberste Gericht sehr wohl die Gelegenheit zum Anlaß genommen hätte sich gegen einen gültigen Widerruf auszusprechen, wenn ihm nicht berechtigte Zweifel gekommen wären. Die beiden Fälle, Vernichtung durch einen Dritten einerseits auf Geheiß, andererseits durch nachträgliche Erklärung des Erblassers stehen sich denn auch nur tatsächlich nicht gleich, und nur insofern tatsächlich, als der Widerrufswille dort schon bei der Vernichtung, hier erst nach der Vernichtung erhellt.[51]) In Wirklichkeit vorhanden war er aber hier schon so gut wie dort zur Zeit der Vernichtung, denn wie kommt der Erblasser sonst dazu, einen derartig willkürlichen, fremden Eingriff in ein ihm besonders wertvolles Schriftstück gutzuheißen?[52]) Das ist nur dadurch zu erklären, daß er selbst schon lange das Testament widerrufen wollte. Durch solche Annahme aber nähern wir uns dem § 2255, 1, für den gerade das Vorhandensein der Absicht zur Zeit der Vernichtung entscheidendes Moment ist. Nirgendswo aber ist gesagt, daß dieses Vor-

[44]) Es wird z. B. der wohl schwierige Beweis geführt, daß der Erblasser die andere Urkunde nur deshalb nicht vernichtet hat, weil sie ihm nicht zur Hand war. Planck, Bem. III a β

[45]) Vgl. Erört. S. 108 und S. 155/56.

[46]) M. V. S. 301.

[47]) Planck, Bem. III a γ; Endemann III, § 50, Anm. 15; Wilke, Bem. III zu § 2255, S. 237; Staud. III B, Aus. 5; Boehm § 64, III a, S. 200; Brock a. a. O., S. 102, 103; Dernburg § 40 V, Abs. 3, Anm. 11, 12; Neumann, Bem. 2 b zu § 2255; Kuhlenbeck, Bem. 1 zu § 2255; Strohal § 42, Anm. 9; Eichhorn, Bem. 2 b, S. 100; M. V. S. 301.

[48]) Man kann daher nicht mit Cosack (§ 358 2 a, Abs. 2) von einem „Vertreter" reden, denn der Vertreter steht nach außen hin an des Erblassers statt; hier aber handelt der Erblasser selbst durch den Dritten.

[49]) Endemann, Wilke, Brock, Dernburg, Neumann, Kuhlenbeck a. a. O.

[50]) RGE. Bd. 29, S. 329, 330.

[51]) S. RG. Bd. 29, S. 330 und die dort bezeichneten Worte „erkannt wird".

[52]) Auf alle Fälle wäre es sehr merkwürdig und daher nur sehr selten zutreffend, daß der Erblasser gerade in der Zeit zwischen der geschehenen Vernichtungshandlung des Dritten und der Erlangung der Kenntnis hiervon zufällig durch irgend eine Veranlassung den Aufhebungswillen gefaßt hätte; dann aber wird er schwerlich sich mit des Dritten Handlung einverstanden erklären.

handensein zur Zeit der Vernichtung erhellen müsse.[53]) Insofern also die Aufhebungsabsicht zur Zeit der Vernichtung der Urkunde durch den Dritten bei dem Erblasser vorhanden war, kann die Vernichtung sehr wohl als schlüssige Aufhebungshandlung angesehen werden.

Die gegebene Begründung erscheint daher nicht genügend stichhaltig, und Planck[54]) hat ausdrücklich von ihr keinen Gebrauch gemacht. Aber auch Planck und mit ihm Strohal[55]) lehnen die gültige Kraft einer nachträglichen Erklärung des Erblassers ab, weil man von Genehmigung nur bei Rechtsgeschäften sprechen könne, in dem Handeln des Dritten aber ein rechtsgeschäftlicher Akt nicht zu erblicken sei. Allerdings muß das in vollem Umfange anerkannt werden, und Cosacks[56]) Begründung seiner Gegenansicht versagt daher, denn durch „Genehmigung" kann der Erblasser entgegen der Gesetzesvorschrift die Handlung des Dritten nicht rückwärts zu einem Vertretungsgeschäft stempeln. Aber muß man dann von dem juristischen Begriff „Genehmigung" reden? Das Rechtsgeschäft des Widerrufs ist an zwei Faktoren geknüpft, an das tatsächliche Handeln und den Willen. Beide Voraussetzungen müssen nach dem Gesetz vom Erblasser persönlich erfüllt werden. Obgleich der Erblasser also nur persönlich handeln darf, ist ein tatsächliches Handeln Dritter zugelassen. Da man aber den Stellvertretungsbegriff nicht anwenden kann, so wird es einfach so angesehen, als ob der Erblasser handelte, und das erscheint insofern als möglich, als, wenn der Dritte auf Geheiß handelt, die Handlung dem Handlungswillen des Erblassers entspricht. Nicht anders liegt der Fall bei der nachträglichen Erklärung des Erblassers; denn ist der Aufhebungswille zur Zeit der Vernichtung vorhanden,[57]) so entspricht die Handlung selbst auch dem Handlungswillen des Erblassers. Vorhanden ist der Handlungswille des Erblassers zur Zeit der Vernichtung zwar nicht, aber daß es darauf auch nicht ankommt, erhellt daraus, daß es auch bei der Vernichtung auf Geheiß des Erblassers mindestens sehr fraglich ist, ob immer gerade zur Zeit der Vernichtung auch der Handlungswille des Erblassers vorhanden ist. Da man nun für die nachträgliche Erklärung den Begriff der Genehmigung nicht anwenden kann, so ist kein Grund einzusehen, warum nicht die nachträgliche Erklärung rückwirkend so angesehen werden könnte, als ob der Erblasser sie schon vor der Vernichtung abgegben hätte, also als ob der Dritte auf Geheiß des Erblassers gehandelt hätte.[58]) Ist diese Annahme zulässig — und sachlich steht ihr nichts im Wege — so wird unter Vermeidung des juristischen Begriffes der Genehmigung wie der der Stellvertretung im Einklang mit § 2255 ein praktisch höchst befriedigendes Resultat erreicht, denn eine Nichtberücksichtigung des nachträglich erklärten Aufhebungswillens würde tatsächlich zu einer Nichtberücksichtigung des zweifellos klar vorhandenen letzten Willens führen. Daher darf aber auch nicht eine nachträgliche Erklärung in einem stillschweigenden Verhalten des Erblassers zu suchen sein, oder wie Heinsheimer[59]) sagt, es liegt kein Widerruf vor, „wenn der Erblasser untätig bleibt", woraus zu schließen

[53]) Und erhellt denn etwa immer die Aufhebungsabsicht des Erblassers zurzeit wo der Dritte auf Geheiß des Erblassers handelt? Man wird aus der Handlung des Dritten meistens auf das Gegenteil schließen, denn daß der Dritte auf Geheiß handelt, ist aus der Handlung als solcher nicht zu entnehmen.
[54]) Bem. III a zu § 2255.
[55]) § 42 Anm. 9.
[56]) § 358, 2 a Abs. 2.
[57]) Darüber s. Erörterungen S. 143, 144.
[58]) Wird doch auch aus der erwogenen Begründung des entsprechenden Handlungwillens des Erblassers heraus die Handlung des Dritten so angesehen, als ob der Erblasser sie getan hätte.
[59]) 2 S. 604 zu § 2255 bei Anm. **

ist, daß auch Heinsheimer einen gültigen Widerruf durch tätige nachträgliche Handlung seitens des Erblassers anerkennt.

Allerdings ist immer der Beweis offen zu lassen, daß trotz erklärter Beistimmung der Erblasser einen Aufhebungswillen zurzeit der Vernichtungshandlung durch den Dritten nicht hatte; dann ist der Widerruf ausgeschlossen.

Außer den objektiven Veränderungen am Testament verlangt das Gesetz die Aufhebungsabsicht. Ohne diese kann daher das Testament weder ganz noch teilweise außer Kraft gesetzt werden. Die Motive[60]) hatten, geleitet von der Erwägung, daß nicht immer der Aufhebungswille den Vorsatz in sich trüge, statt „in der Absicht" „vorsätzlich und mit dem Willen" gesetzt, und so wurde es auch in den Entwurf I (§ 1934) aufgenommen. Man mag der Ansicht der Motive zustimmen oder nicht, jedenfalls haben die Protokolle[61]) dadurch, daß sie sich sachlich mit dem Entwurf einverstanden erklärten, obgleich sie in der Wortfassung den Vorsatz fallen ließen, klar zu erkennen gegeben, daß sie nur deshalb die Absicht für ausreichend erachteten, weil sie ihrerseits den Vorsatz mit der Absicht für untrennbar verknüpft hielten.[62])

Aus der Einfügung der Worte „in der Absicht" in den Satzbau, der die Vernichtung verlangt, ergibt sich, daß die Aufhebungsabsicht zur Zeit der Vernichtung vorhanden sein muß. Vernichtet daher der Erblasser selbst versehentlich seine Urkunde und faßt nun hinterher die Absicht, das Testament auch aufzuheben, so liegt nach dem Gesetz kein Widerruf vor. Jedoch wird der Fall praktisch kaum vorkommen, es sei denn, daß der Erblasser erst geraume Zeit nach der Zerstörung merkt, daß er seinerzeit sein Testament vernichtet hat, und inzwischen äußere Umstände eingetreten sind, die in ihm die Absicht haben reif werden lassen, seinen letzten Willen anders zu gestalten. In solchem Falle ist ihm allerdings die Möglichkeit genommen, noch nach § 2255 zu widerrufen, er muß vielmehr sich mit dem Widerruf nach § 2254 oder 2258 begnügen.[63])

Bezieht sich die Aufhebungsabsicht des Erblassers nur auf einen Teil des Testamentes, so wird auch nur dieser Teil widerrufen, selbst wenn die Veränderungen auf einen umfassenderen Widerruf schließen lassen. Allerdings wird aus diesen Veränderungen seitens des Erblassers eine entsprechende Absicht gesetzlich vermutet (§ 2255, 2), und der Beweis einer nicht so weitgreifenden Aufhebungsabsicht müßte derjenige zu führen haben, der aus dem eingeschränkten Widerruf Vorteile für sich herleitet. Gelingt er, so würden in solchem Falle nur die durch die begrenzte Aufhebungsabsicht getroffenen Veränderungen als gültiger Widerruf angesehen werden können. Ist umgekehrt die Absicht, das ganze Testament aufzuheben, vorhanden, die Veränderung aber nicht derart, daß sie dieses erkennen läßt, z. B. der Erblasser durchstreicht den Namen des Alleinerben in der Meinung, daß dadurch auch die Vermächtnisse hinfällig würden, so wird trotz des Beweises der umfassenden Aufhebungsabsicht des Erblassers das Testament nur insoweit widerrufen sein, als die Veränderung dies angibt, da nur solche die Voraussetzungen des Widerrufs erfüllen, die ohne Rücksicht auf besondere Gewohnheiten und Ansichten des Erblassers als deutliche im Verkehr objektiv anerkannte Ausdrucksmittel des Willens dienen.

---

[60]) M. V S. 306
[61]) V. S. 353.
[62]) Planck, Bem. III b zu § 2255; Staud., Bem. III B, Abs 4.
[63]) Inwiefern dagegen ein Widerruf nach § 2255 gültig sein kann, der aus der nachträglichen Gutheißung der von einem Dritten vorgenommenen Vernichtung der Urkunde erwächst, darüber vgl. Erört. S. 141 f, 144 ff.

Da ein Testament den letzten Willen enthält, so wird, wo immer ein Testament aufgefunden wird, zunächst davon auszugehen sein, daß dieses rechtlich wirksam ist. Diese Annahme entspricht der vorhandenen Rechtslage. Will sich daher jemand auf die Unwirksamkeit des Testaments berufen, so muß er den Beweis für den Widerruf führen. Danach müßte, sobald die formgerechte Errichtung und der Inhalt durch freie richterliche Beweiswürdigung festgelegt sind, der Testamentsgegner beweisen:

1. daß die Veränderung durch den Erlasser erfolgt ist, und
2. daß der Erblasser zur Zeit der Veränderung auch die Aufhebungsabsicht gehabt habe.

Das Gesetz hat zunächst keine Vermutung dafür aufgestellt, daß die Zerstörung oder Veränderung durch den Erblasser erfolgt sei. Und das erscheint um so mehr gerechtfertigt, als dadurch nicht nur unlauteren Versuchen überhaupt vorgebeugt, sondern vor allem ihnen ein ungerechter Erfolg wesentlich erschwert wird. Die Schwierigkeit des Beweises wird sich jeweilig nach den einzelnen Umständen bestimmen;[64]) findet sich die Urkunde nach dem Tode des Erblassers in einem von diesem verschlossenen Fach, so wird in der Regel durch diese Tatsache der Beweis schon erbracht sein. Ist sie dagegen in Händen eines Dritten oder gar einer Person, dem die Veränderung Nutzen bringen möchte, so wird der vorgefundene Zustand der Urkunde den Richter bestimmen, den Beweis besonderer Tatsachen zu fordern, die ihn von der Wahrheit überzeugen, daß der Zustand durch den Erblasser hervorgerufen ist.[65]) Gelingt der Beweis dem Testamentsgegner nicht, so ist das Testament in keiner Beziehung widerrufen,[66]) im entgegengesetzten Falle würde er nun den Beweis des Aufhebungswillens zur Zeit der Veränderung zu erbringen haben. Allein das hieße wieder unbillig gegen den Testamentsgegner gehandelt. Denn einerseits würde sich in den meisten Fällen ein solcher Beweis sehr schwierig gestalten,[67]) andererseits liegt auf der Hand, daß in der Regel der Erblasser auch die Aufhebungsabsicht hat, wenn er sein Testament zerstört. Mit Recht hat daher der Gesetzgeber eine Vermutung dahin aufgestellt, daß, ist einmal bewiesen, daß der Erblasser die Urkunde vernichtet oder verändert hat, auch die Aufhebung beabsichtigt gewesen ist. (§ 2255, 2.) Aber auch nur eine Vermutung, d. h. der Beweis des Gegenteils ist zulässig. Wollen daher die Testamentsinteressenten dennoch das Testament aufrecht erhalten, so haben sie ihrerseits jetzt darzutun, daß die Zerstörung durch irgend eine Zufälligkeit, Versehen, Irrtum, Zwang, im Zustande der Geschäftsunfähigkeit oder geistigen Störung seitens des Erblassers erfolgt ist.[68])

Nach Endemann und Frommhold[69]) soll aber die Vermutung nur Platz greifen, wenn der Erblasser tatsächlich das Testament zerstört habe, sei die Handlung auf Befehl des Erblassers erfolgt, so müsse von demjenigen, der den Widerruf behaupte, der volle Beweis erbracht werden. Jedoch der Absatz 2 enthält nur eine nähere Regelung der Beweislast überhaupt. In der Fassung stimmt er genau mit Absatz 1 überein, und wenn hier auslegend an Stelle der Handlung durch den Erblasser auch die auf Geheiß des Erblassers von einem Dritten vorgenommene Tätigkeit als genügend angesehen wird, so muß die Vermutung des Absatz 2 auch dann

[64]) Es entscheidet das freie richterliche Ermessen; vgl. M. V, S. 302.
[65]) M. a. a. O. Desgl. wenn die Urkunde von einem Dritten verändert ist, daß die Veränderung im Auftrage des Erblassers erfolgt oder durch nachträgliche Erklärung gutgeheißen ist.
[66]) Mag also das Testament von einem Dritten unbefugt zerstört sein, so wird sein rechtlicher Bestand dadurch nicht berührt.
[67]) M. V, S. 301, 302.
[68]) Planck, Bem. 3 b Abs. 2 zu § 2255; Brock a. a. O., S. 104 ff.; ERG. im Recht 07, S. 702.
[69]) Endemann, § 50 3 a Abs. 3; Frommhold, Anm 2 zu § 2255.

Platz greifen, wenn nicht der Erblasser, sondern der Dritte auf Befehl gehandelt hat.[70])

Ist dagegen nur eins von mehreren Testamentsoriginalen zerstört, so wird von demjenigen, der den Widerruf gegenüber den übrigen Exemplaren wirksam zu sehen wünscht, auch der Beweis der Absicht verlangt werden müssen, da die Erhaltung der anderen in der Regel gegen die Widerrufsabsicht des Erblassers spricht.[71])

In allen Fällen nun, sei es, daß der Testamentsgegner den Beweis der Zerstörung durch den Erblasser nicht erbringen kann, sei es, daß die Urkunde von unerlaubter Hand vernichtet ist, sei es, daß die fehlende Aufhebungsabsicht von dem Testamentsinteressenten dargetan wird, in allen diesen Fällen bleibt der rechtliche Bestand des Testamentes unberührt. Daraus erhellt, daß die Gültigkeit des Testamentes nicht von dem tatsächlichen Fortbestande der Urkunde abhängig ist.[72]) Allein um diesem rechtlichen Bestande tatsächlich wirksame Kraft zu verleihen, bedarf es des Beweises des Inhaltes des Testamentes. Sind nur Veränderungen vorgenommen, so wird meistens der Inhalt sich erkennen und feststellen lassen;[73]) ist aber die Urkunde unkenntlich und unzusammenstellbar entstellt oder ganz zerstört, so muß der Inhalt mit allen denkbaren Mitteln, die zur Verfügung stehen, ermittelt werden. Dann mögen etwa in Betracht kommen: eidliche Aussagen der bei Niederschrift des Testamentes zugegen gewesenen oder durch Erzählen des Erblassers mit dem Inhalt vertrauten Zeugen, bei dem Erblasser sich findende Aufzeichnungen oder Entwürfe und dergleichen. Ob nach allem Vorbringen der Beweis des Inhalts erbracht ist, entscheidet dann das freie Ermessen des Richters.[74]) An irgend welche Beweisregeln ist er nicht gebunden. Kann der Inhalt nicht hinreichend klar mehr festgestellt werden, so ist praktisch der rechtliche Bestand des Testaments wertlos und es wird nichts übrig bleiben, als die gesetzliche Erbfolge eintreten zu lassen.

Auch der Widerruf nach § 2255 trägt den Charakter einer letztwilligen Verfügung. Zwar ist die positive Wirkung gegenüber dem bloßen Widerruf nach § 2254 gemildert,[75]) ein Widerruf des Widerrufs findet nicht statt,[76]) und auch die äußere Form, in die sich sonst die letztwilligen Verfügungen kleiden, fehlt. Aber das alles bedingt lediglich der nach § 2255 vorausgesetzte Tatbestand. Dessen Natur bringt es mit sich, daß man mit gutem Grunde von einer wiederauflebenden Wirkung durch Widerruf des Widerrufs nicht redet, und die Forderung einer Testamentsform für die Zerstörung oder Veränderung der Urkunde erscheint ohne weiteres als widersinnig. Vielmehr deutet die Tatsache, daß überhaupt der Gesetzgeber hier noch an eine Form dachte und ihr in dem Erfordernis objektiv anerkannter Veränderungen so weit als möglich Geltung verlieh, daraufhin, wie sehr er dazu neigt, auch diesen Widerruf als letztwillige Verfügung anzuerkennen. Und mit vollem Recht. Denn die bedeutungsvolle Tatsache der verneinenden Wirkung ist bestehen geblieben und auch eine positive Wirkung des Widerrufs ist noch insofern erhalten, als ein nach §§ 2254, 2258 erfolgter Widerruf sehr wohl nach § 2255 widerrufen werden kann, und auch die Anwendung der Vorschriften der §§ 2089, 2094

[70]) Planck, Bem. 3 b Abs. 2 zu § 2255; Brock, a. a. O., S. 110. Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Erblasser die Handlung des Dritten gutgeheißen hat.
[71]) Vgl. Erörterungen S. 140.
[72]) M. V, S. 308; Lafrenz im Recht 02, S. 553; Planck, Bem. 5; Staudinger, III Abs. 8; Neumann, Bem. 5 zu § 2255.
[73]) Durch Vorlegung der Urkunde vgl. §§ 420 ff. ZPO. Der Beweis ist in diesem Falle also nicht so schwer.
[74]) § 286 ZPO.
[75]) Vgl. Erörterungen S. 108 Anm. 28.
[76]) S. S. 163 f.

durch nichts ausgeschlossen erscheint. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der im § 2255 vorausgesetzte Tatbestand, dem das Gesetz die Kraft des Widerrufs beilegt, sachlich als letztwillige Verfügung zu behandeln ist.[77]) Es kommen daher hier wie bei den Widerrufsarten §§ 2258 und 2254 die bezüglich eines Rechtsgeschäfts allgemein geltenden wie hinsichtlich einer letztwilligen Verfügung erbrechtlich geltenden Grundsätze zur Anwendung, jedoch wie sich aus der Natur des Widerrufs ergibt, mit erheblichen Modifikationen.

Zunächst ist auch hier die Gültigkeit des Widerrufs überhaupt

an die Person des Widerrufenden,
an die Form des Erklärten und
an den Inhalt

gebunden.

Der Erblasser selbst muß der Widerrufende sein, er muß persönlich handeln.[78]) Dagegen genügt, wie für den Widerruf nach § 2254, die Testierfähigkeit auf Grund § 2253, 2.

Was die Form des Widerrufs anlangt, so muß sie so deutlich sein, daß jedermann daraus die Aufhebungsabsicht entnehmen kann. Ist daher z. B. nur das Siegel der Urkunde erbrochen, oder findet sich die Urkunde im Papierkorb, so liegt, was immer auch der Erblasser hat widerrufen wollen, kein Widerruf vor, die Erklärung ist nichtig.

Hinsichtlich des Inhalts des Erklärten darf analog dem Widerruf nach § 2254 der durch Zerstörung oder Veränderung der Urkunde gewollte Widerruf nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Eine Verfehlung gegen die guten Sitten ist ausgeschlossen. Man könnte vielleicht an den Fall denken, daß durch die bezeichnete Handlung ein früheres Testament, dessen positiver Inhalt dem § 138 BGB. unterliegt, wieder Geltung erlangt. Allein hier liegt lediglich in dem ersten Testament ein Verstoß gegen die guten Sitten.

Aufschiebende Bedingungen aller Art werden praktisch kaum vorkommen, denn durch die Widerrufshandlung (Zerstörung oder Veränderung) prägt sich der anscheinend vorhandene Widerrufswille nach außen hin derart aus, daß sich selten ein Erblasser zu ihrer Vornahme verstehen wird, bevor nicht die Bedingung eingetreten ist, unter der der Widerruf überhaupt erst gelten soll.[79]) Sollte dennoch eine Urkunde unter irgend einer Bedingung verändert sein, so wäre der Widerruf stets nichtig, denn zur Zeit, wo der Erblasser sein Testament veränderte, war noch keine Aufhebungsabsicht vorhanden, und zur Zeit, wo mit dem Eintritt der Bedingung der Aufhebungswille vorlag, brachte ihn nicht eine schlüssige Handlung zur Geltung. Das Erfordernis des zeitlichen Zusammenfallens von Handlung und Absicht würde die Nichtigkeit des unter einer aufschiebenden Bedingung gewollten Widerrufs bedingen.[80])

Die positive Bedeutung eines bereits Gestorbenen ist nur insofern möglich, als durch den Widerruf ein früheres Testament wieder Geltung erlangt. Jedoch ist die Unmöglichkeit des Auflebens des ersten Testamentes infolge des Todes des darin Bedachten ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Widerrufs, da dieser nicht wie bei dem Widerruf durch positive Verfügung erst durch die Wirksamkeit der positiven Verfügung

[77]) Planck, Bem. 1 zu § 2254.
[78]) S. § 2064 und „der Erblasser vernichtet" § 2255, 1.
[79]) Außerdem widerspricht dem natürlichen Empfinden die Annahme, daß der Erblasser eine Urkunde vernichtet, deren Widerruf vielleicht später einmal eintreten soll.
[80]) Beispiel: Der Erblasser durchstreicht den Namen des Eingesetzten A. und fügt hinzu, „Nur dann soll der Widerruf gelten, wenn A. [illegible] meinem Tode nichts anderweitig erbt." Zur Zeit der Durchstreichung wollte der Erblasser dem Bedachten nichts entziehen, denn dieser hatte ja nichts geerbt.

bedingt ist, vielmehr umgekehrt der an und für sich selbständige Widerruf infolge seiner verneinenden Kraft erst positive Wirkung erzeugt. Wird dagegen nach § 2255 das einer Person zugewendete Erbe oder Vermächtnis widerrufen zu einer Zeit, wo diese Person gar nicht mehr am Leben ist, so ist der Widerruf ursprünglich unwirksam, da der Inhalt der Erklärung einen Erfolg bezweckt, der schon vor dem Widerruf eingetreten war.[81])

Desgleichen ist die unter einer Mentalreservation vorgenommene Veränderung entgegen der allgemeinen Vorschrift des § 116, 1 nichtig. Denn wenn der Erblasser seine Urkunde verändert oder zerstört mit dem geheimen Vorbehalt, das durch die Handlung zum Ausdruck gebrachte in Wahrheit gar nicht zu wollen, so ergibt sich, daß er nicht nur keine Aufhebungsabsicht hatte, sondern im Gegenteil die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Erklärung wünschte.[82])

Nicht anders ist zu urteilen im Fall des § 118. Der Mangel der Ernstlichkeit schließt den Aufhebungswillen aus. Folglich ist das durch die jeweilige Handlung des Erblassers Erklärte nichtig.

Abgesehen von dieser zum Teil auch von dem nach § 2254 erfolgten Widerruf abweichenden Behandlung der Nichtigkeitsfälle ergeben sich aber aus den Voraussetzungen des Widerrufs im Gegensatz zu den übrigen Widerrufsarten noch weitere Nichtigkeitsgründe, die den Inhalt der Erklärung betreffen. War bei einem durch Testament erfolgten Widerruf der Erblasser im Geschäfts- oder Erklärungsirrtum, so konnte das Testament nach § 2078, 1 angefochten werden, es war aber gültig bis zur erfolgreichen Anfechtung hin und bis dahin galt das widerrufene Testament als widerrufen. Wenn der Erblasser aber sein Testament im Irrtum über die rechtliche Bedeutung seiner Erklärung nach § 2255 verändert oder in der Zerstreutheit sich vergreift und statt einer andern Urkunde die Testamentsurkunde zerreißt, so ist dies, da ihm jegliche Widerrufsabsicht fehlt, gänzlich bedeutungslos, das Testament bleibt in seiner ursprünglichen Gestalt unverändert gültig. Nach dem Tode des Erblassers kann daher nicht von den im Testament Eingesetzten das veränderte Testament angefochten werden, sondern es muß die Nichtigkeit der Veränderung oder Zerstörung des Testaments resp. das unveränderte Bestehen des betroffenen Testamentes behauptet und bewiesen werden.

Desgleichen wird zu entscheiden sein, wenn die in § 2255 bezeichneten Handlungen durch Drohung derart hervorgerufen sind, daß die Drohung zwar die Erklärungshandlung, also den Erklärungs- oder Handlungswillen, nicht aber auch die Entstehung des Wirkungs- oder Aufhebungswillens bestimmend beeinflußt hat.

Aus diesen erweiterten Nichtigkeitsfällen ergibt sich zugleich die Beschränkung der Anfechtung gegenüber den Widerrufsarten der §§ 2254, 2258.

Eine Anfechtung nach § 2078, 1 findet nicht statt; eine Anfechtung wegen Drohung nur dann, wenn die Drohung kraft ihrer psychischen Wirkung auch den Aufhebungswillen in dem Erblasser zur Zeit, wo er an der Urkunde eine der in § 2255 bezeichneten Handlungen vornahm, zur Entstehung gelangen ließ.

Eine wesentliche Gruppe der Anfechtung des Widerrufs werden

---

[81]) Vgl. Erörterungen S. 115.

[82]) Man könnte z. B. an einen Fall denken, wo der Erblasser in Gegenwart seines einzigen gesetzlichen Erben den Namen einer anderen von ihm zum Alleinerben eingesetzten Person durchstreicht, nur um sich den Anschein einer guten Gesinnung gegen seinen gesetzlichen Erben zu geben. Wäre denkbar, daß nach dem Tode des Erblassers der testamentarisch Bedachte den Beweis hierfür erbrächte, so müßte allerdings dieser als Alleinerbe bezeichnet werden.

daher nur bilden die Fälle, wo ein Irrtum im Beweggrunde vorliegt. § 2078, 2 erster Teilsatz.

Eine Anfechtung nach § 2079 wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten muß, wie bei dem Widerruf nach § 2254 wegen der lediglich verneinenden Wirkung als ausgeschlossen gelten.[83])

Hinsichtlich der Anfechtung selbst greifen, wie bei den übrigen Widerrufsarten, die für die Anfechtung letztwilliger Verfügungen allgemein geltenden Grundsätze ein.[84])

Im weiteren ist noch zu den übrigen Fällen der späteren Entkräftung des Widerrufs folgendes auszuführen:

Eine Unwirksamkeit infolge Zeitablaufs (§ 2252, 1) fällt fort, da die Form des Widerrufs keine Testamentsform ist. Der Widerruf des Widerrufs ist unzulässig.[85]) Die zweite Kommission[86]) hatte zwar gegenüber der schlechthin gehaltenen Ablehnung des Entw. I[87]) einer Wirksamkeit des Widerrufs irgend eines Widerrufs ihren entgegengesetzten Standpunkt mit der Begründung vertreten, daß es ein sonderbares Ergebnis sei, wenn eine frühere Verfügung wirksam werden sollte infolge Anfechtung, nicht aber infolge ausdrücklichen Widerrufs — und dieses Argument ließe sich auch für den Widerruf des Widerrufs nach § 2255 anführen — allein § 2257 spricht ausdrücklich von dem durch Testament erfolgten Widerruf, und zudem: die zweite Kommission[88]) hatte andererseits die Gründe der Motive für zutreffend erklärt und die Stattgabe der Wirkung des Widerrufs eines Widerrufs nur als erweiterte Einschränkung einem praktischen Bedürfnis zufolge bezeichnet. Diese Gründe begründen hier aber durchaus die Unzulässigkeit des doppelten Widerrufs. Denn wenn der Erblasser z. B. die Durchstreichung wieder ausradiert oder unterpunktiert, die zerrissenen Stücke wieder zusammenklebt, oder auf ähnliche Art die Zerstörung oder Veränderung wieder rückgängig zu machen sucht, so würde das überaus leicht zu Undeutlichkeiten und Unklarheiten führen, deren praktisches Resultat schwer zu klärende Streitigkeiten über den wirklichen letzten Willen des Erblassers bildet. Darunter leidet wieder die allgemeine Rechtssicherheit. Mit Recht heben daher die Motive[89]) hervor: „es sei nicht ratsam, durch positive Ausnahmevorschriften derartig an Undeutlichkeit leidende Erklärungen zu fördern." Da der Widerruf des Widerrufs schlechthin unzulässig ist, so kann der Erblasser auch nicht in Testamentsform erklären, daß er diese oder jene Veränderung widerrufe, noch allgemein erklären, daß er die Verfügung in ihrer ursprünglichen Gestalt aufrecht erhalte, er muß vielmehr, wenn anders er den Inhalt der widerrufenen Verfügung wieder zur Geltung bringen will, ein vollständig neues positives Testament errichten, das den Inhalt des ursprünglichen Testaments wiedergibt.[90])

---

[83]) Vgl. Erört. S. 117, 118.
[84]) Vgl. Erört. S. 118, Anm. 47.
[85]) Cosack, § 385 I 2 b; Dernburg, § 40 V Abs. 4; Staudinger, IV Abs. 4 zu §§ 2253, 2258; Planck, Bem. 1 zu § 2255.
[86]) Prot. S. 353.
[87]) M. V, S. 298/299. § 1933, 2 Entw. I.
[88]) Prot. a. a. O.
[89]) M. V, a. a. O.
[90]) Über Ausschlagung, Versterben, Erbunwürdigkeit seitens eines Bedachten, dessen Einsetzung durch den Widerruf wieder gültig ist, vgl. Erört. S. 124.

§ 8.

Widerruf durch Rückgabe aus der Verwahrung.

Außer den bisher behandelten Widerrufsarten kannte das r. R. keinen Testamentswiderruf. Auch die Zurücknahme aus der öffentlichen Verwahrung, mochte das Testament öffentlich oder privat errichtet sein, hatte auf das Bestehen des Testamentes keinen Einfluß.[1])

Das öffentliche Testament konnte durch mündliche Erklärung des letzten Willens vor Gericht oder durch Vorlegung der den letzten Willen enthaltenden Urkunde mit der Erklärung, daß sie den letzten Willen enthalte, erfolgen; stets aber erhielt es durch Vorlesung und Genehmigung des Protokolls die Bedeutung des letzten Willens, damit war der Akt der Testamentserrichtung geschlossen und die daran sich knüpfende Übergabe und Verwahrung war nur üblich, nicht notwendig. Daraus folgt, daß auch die Zurücknahme aus dem gerichtlichen Verwahrsam dem Testament als solchem keinen Abbruch tun konnte. Selbst wenn mit der Zurücknahme der Widerruf beabsichtigt war, so konnte das keinen gültigen Widerruf zeitigen, da die Zurücknahme nie, der einfache Widerruf aber nur unter den erörterten Voraussetzungen[2]) rechtsgültig sein konnte.

Wurde aber ein öffentliches Testament durch Zurücknahme nicht widerrufen, so erst recht nicht ein Privattestament, das entweder mündlich durch Erklärung des Erblassers vor den Zeugen, oder schriftlich durch Unterschrift und Siegelung der Zeugen solennisiert war. Die Deposition bei Gericht lag unabhängig davon ganz in der Hand des Erblassers.

Abgesehen von diesen Testamentsformen aber kannte das r. R. keine andere Art zu testieren, etwa dadurch, daß ein Testament erst durch Hinterlegung oder Aufbewahrung die Eigenschaft eines Testaments erhielt. Selbst die Gültigkeit des vor dem Landesherrn errichteten, wohl selten praktisch gewordenen Testamentes, das erst durch Überreichung einer Urkunde mittels Bittschrift errichtet wurde, war an keine Aufbewahrung gebunden, denn die Überreichung geschah lediglich zu dem Zweck, daß der Kaiser mit dem Inhalt bekannt wurde.

Dieser Bestimmung des r. R., nach der kein Testament, selbst nicht das öffentliche, solange es die Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung an sich trägt, durch Zurücknahme widerrufen werden kann, steht gegenüber der § 2256 BGB. Er bestimmt in Abs. 1, daß ein öffentliches Testament durch Zurückgabe aus der Verwahrung an den Erblasser als widerrufen gilt.

Die Wirkung des Widerrufs ist nach dem Gesetzestext auf die öffentlichen Testamente beschränkt. Das Testament muß also vor einem Richter oder Notar (§ 2231, 1) oder in der außerordentlichen Form des § 2249 errichtet sein. Da es allein auf die Form ankommt, so müssen mit einbegriffen sein sowohl das durch örtliche Not bedingte Testament des § 2250, wenn es in der außerordentlichen Form des § 2249 errichtet ist, als auch das ordentliche Militär- und Marinetestament, für deren Errichtung die Vorschriften des BGB. §§ 2233–2246 maßgebend sind.[3]) Aus der aus dem Gesetz sich ergebenden Beschränkung auf bestimmte Fälle folgt, daß umgekehrt alle anderen Testamente, wenn und soweit sie sich in amtlicher

[1]) Vgl. Windscheid § 545 bei Note 4; v. Vangerow § 460 III Abs. 3, S. 208; Sintenis § 168, Anm. 6, 7, 8, § 79 Anm. 35; Koeppen 3 § 72, 1, S. 461; Glück Bd. 34, S. 218 ff.; Mühlenbruch Bd. 38, S. 302 ff.; a. M.: Brinz 3, 1 § 369 Anm. 34, 35. S. aber auch § 377, 3 a, b, c, wo der Fall der Zurücknahme nicht erwähnt ist.

[2]) Vgl. S. 100 ff.

[3]) Vgl. Eichhorn, S. 70 ff., S. 76, 77, 78.

Verwahrung befinden, durch Zurücknahme nicht als widerrufen gelten. Also das Privattestament, wegen seiner Bedeutung noch einmal ausdrücklich im Gesetz hervorgehoben (§ 2256, 3. 2. Teilsatz), das nach §§ 2250, 2251 vor drei Zeugen errichtete Testament und das privilegierte Militär- und Marinetestament.[4]) Aus der Tatsache, daß nur an die Zurücknahme des öffentlichen Testamentes die Wirkung des Widerrufs geknüpft wird, erhellt die Ursache, die den Gesetzgeber dazu bestimmte. Vom Gesetz wird für die öffentlichen Testamente die amtliche Verwahrung verlangt (§ 2246), während sie für alle nichtöffentlichen Testamente ganz im Ermessen des Erblassers liegt; da durch die Freiwilligkeit der amtlichen Verwahrung auch die Rücknahme auf die Wirksamkeit keinen Einfluß üben kann, so folgt, daß dort, wo sie nicht freiwillig ist, die Rücknahme eine besondere Bedeutung bekommen muß. Diese Erwägung hat den Gesetzgeber veranlaßt, an die Zurücknahme des öffentlichen Testamentes die Wirkung des Widerrufs zu knüpfen.[5])

Infolge der strengen Scheidung der öffentlichen und privaten Testamente hinsichtlich des Widerrufs nach § 2256 hat sich die Frage erhoben, wie zu entscheiden ist, wenn das zurückgenommene Testament zwar nach der Vorschrift des § 2238 errichtet war, aber bereits vorher allen Formerfordernissen eines eigenhändigen Testaments entsprach.[6]) Die Literatur sieht hier zwei sich gegenüberstehende Parteien. Die eine[7]) will auch in solchem Fall in der Zurücknahme einen Widerruf nach § 2256, 1 erblicken, die andere[8]) will es als eigenhändig fortbestehen lassen.

Für die erstere Ansicht werden zwei ganz verschiedene, von einander unabhängige Begründungen gegeben. Die vier erstgenannten Schriftsteller[9]) sehen das entscheidende Moment lediglich in der Notwendigkeit der Verwandlung des eigenhändigen Testamentes in ein öffentliches. Allein warum eine solche Verwandlung notwendig sein muß, dafür fehlt die begründende Angabe. Beide Testamentsformen stehen selbständig, gleichwertig nebeneinander, woher soll das öffentliche Kraft haben, das eigenhändige Testament einfach aufzuheben? Existiert einmal ein eigenhändiges Testament, so kann es seine Kraft als Testament auch nicht wieder einbüßen, es sei denn in den durch das Gesetz bestimmten Fällen. Wo aber steht, daß mit öffentlicher Formalisierung eines eigenhändigen Testamentes dieses kraftlos wird?[10]) Und tatsächlich kann ein öffentliches Testament sich sehr gut mit der Form eines eigenhändigen vertragen. Warum sollte man ihnen nicht dann eine ihrem Bestand entsprechende gültige Kraft lassen? Wollte man aber dies nicht zugeben, so ist noch immer nicht einzusehen, warum das eigenhändige Testament dem öffentlichen weichen muß. Das eigenhändige war zuerst da, und also hat es auch ein Vorrecht auf Geltung. Könnte die öffentliche Eigenschaft sich nicht zu ihm gesellen, und will der Erblasser durchaus auch ein öffentliches Testament haben, so wäre der einzige Weg, daß der

[4]) Vgl. Planck, Bem. 5 zu § 2256; R.-Mil.-Ges. § 44 Nr. 4.
[5]) In welcher Weise, darüber s. S. 174 ff.
[6]) Unterstellt wird hierbei, daß auch der Erblasser es als fertiges eigenhändiges Testament ansah; trug die Schrift nur zufällig die Formen des eigenhändigen Testaments an sich, so lag vor der öffentlichen Testamentserrichtung noch gar kein Testament vor; es kann daher weder bei der öffentlichen Errichtung, noch bei der Rücknahme von einer Einbuße der Wirksamkeit des eigenhändigen Testaments geredet werden.
[7]) Cosack, § 358 I 3 a, Beispiel; Planck, Bem. 5 zu § 2256; Staudinger, III C Abs. 8 zu §§ 2252/7; Matthiaß § 278 II B; Boehm, § 61 III b Anm. 1; Eichhorn, 3 h, S. 104; Dernburg, § 30 V.
[8]) Strohal, § 42 III 3 d, S. 317 ff.; Hellmann, Krit. V.-Ztschr. Bd. 39, S. 223 (3. Folge, Bd. 3); Peiser, Hdb. d. Testam. R. § 8 Anm. 3; Neumann, Bem. I 3 c zu § 2256; im Ergebnis auch Künzel in Gruch. Bd. 41, S. 601 ff., S. 603
[9]) Cosack, Planck, Staudinger, Matthiaß a. a. O.
[10]) Dernburg a. a. O., S. 77, 78; Strohal a. a. O., S. 317 Anm. 18.

Erblasser ein zweites, öffentliches Testament desselben Inhalts errichtete. Der Richter müßte es, unabhängig vom Willen des Erblassers, ablehnen, ein fertiges eigenhändiges Testament noch einmal unter Beobachtung der nach § 2238 vorgeschriebenen Formen zu errichten. Küntzel[11]) hat denn auch diese aus der Verneinung der Vereinigung der erwähnten Eigenschaften in einem Testament zwingend sich ergebende Folgerung gezogen, aber Planck und auch Cosack lassen die öffentliche Solennisierung eines schon als Privaturkunde gültigen Testamentes ohne weiteres zu auf Grund des Willens des Erblassers, damit dieser gegen die Gefahren der Fälschungen und des Bestreitens möglichst sichergestellt werde.[12])

Und in der Tat wäre hier eine Ablehnung seitens des Richters oder Notars, wie sie Küntzel verlangt, kaum denkbar. Ist es schon dem Richter gar nicht immer möglich, die Form der überreichten Schrift zu kontrollieren, denn diese kann ja und wird meistens verschlossen übergeben werden, so ist er andererseits auch gar nicht befugt, seine Mitwirkung bei einer öffentlichen Testamentserrichtung zu verweigern, selbst wenn die offen übergebene Schrift äußerlich die Form eines eigenhändigen Testaments an sich trägt, denn diese braucht ja darum immer noch kein Testament zu sein.[13]) Planck und Cosack[14]) haben denn auch diese bedenkliche Folge nicht anerkannt. Aus ihrer Unhaltbarkeit aber ergibt sich zugleich, daß man die Frage nach der Vereinigung der Eigenschaften eines öffentlichen und eigenhändigen Testamentes nicht verneinen kann.

Dernburg und mit ihm Boehm und Eichhorn[15]) suchen daher das in solcher Begründung nicht richtig erscheinende Resultat auf anderem Wege zu erreichen. Das Fortbestehen als eigenhändiges Testament widerspräche dem klaren Wortlaut des § 2256, 1, auch als eigenhändiges Testament könne sich das zurückgenommene Testament nicht mehr erhalten, da das Gesetz, ohne einen Unterschied zu machen, sich schlechthin für Widerruf ausspräche. Allein damit wird die Bedeutung und Absicht des § 2256, 1 verkannt. § 2256, 1 hat lediglich nur das rein öffentliche Testament im Auge. Weil auf Grund des besonderen Tatbestandes einer zum Zwecke der Errichtung übergebenen Schrift — nicht etwa der eigenhändigen Testamentsurkunde — die Einbringung in die Verwahrung unbedingt vorgeschrieben ist, darum knüpft sich an die Tatsache der Zurücknahme die Wirkung des Widerrufs. Aus dieser Begründung geht hervor, daß über den gegebenen Tatbestand hinaus die Wirkung des Widerrufs sich nicht erstreckt. Soweit also neben diesem sich ein anderer weiterer Tatbestand vorfindet, bleibt er unabhängig und unbetroffen von dem auf Grund des begrenzten Tatbestandes aufgebauten Widerrufs mit seinen Folgen und Wirkungen bestehen. Dieser zweite Tatbestand aber ist gegeben durch das Vorhandensein des zur Zeit und vor der Errichtung des öffentlichen Testamentes fertigen eigenhändigen Testamentes. Wird daher das nach § 2238 errichtete Testament gemäß § 2256, 1 widerrufen, so liegt lediglich ein Widerruf des öffentlichen, nicht des eigenhändigen Testamentes vor: dieses bleibt in Kraft, soweit es überhaupt vorhanden war.

Dieses Resultat entspricht auch allein dem Willen des Erblassers, denn es ist im Zweifel stets anzunehmen, daß den Erblasser die Absicht der Sicherstellung gegen irgend welche Gefahren leitet, wenn er der

[11]) A. a. O., S. 603.
[12]) Planck, Bem. III 2 zu § 2231; Cosack, § 354 III, S. 690.
[13]) S. Anm. 6 dieses Paragraphen.
[14]) A. a. O.
[15]) A. a. O.

gültigen Privatform noch die öffentliche Testamentsform hinzufügt.[16] Nimmt er daher ein solches Testament aus der Verwahrung zurück, so ist durch nichts auf eine Aufhebungsabsicht zu schließen.

Die Voraussetzungen des Widerrufs sind in § 2256, 1 und 2 genau bestimmt. Es ist erforderlich, daß die in Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird, und zwar ihm persönlich auf sein Verlangen hin.

Die beiden letztgenannten Merkmale stehen jedoch in einem besonderen Absatz. Das fällt auf. Und auch die Fassung dieser Vorschriften läßt nicht darauf schließen, daß sie als unbedingte Voraussetzungen des Widerrufs anzusprechen sind.

Warum steht nicht da: „Der Erblasser muß die Rückgabe verlangen; sie ist jederzeit möglich." Allein daß das Wort „kann" sich nur auf „jederzeit" bezieht, das Verlangen selbst aber als selbstverständlich vorausgesetzt wird, ergibt sich klar aus dem Entwurf I,[17] wo ausdrücklich steht, daß die Testamentsurkunde „auf Verlangen des Erblassers" herauszugeben ist. Daß dieser Auffassung aber durch die von der Reichstagskommission vorgenommenen und in das BGB. aufgenommenen Änderungen Abbruch geschehen sollte, ist aus den späteren Berichten nicht zu ersehen,[18] vielmehr läßt die Nichterwähnung darauf schließen, daß man sich unverändert mit ihr einverstanden erklärt hat.[19] Und das entspricht auch der rechtlichen Natur der Verwahrung. Sie ist amtliche Pflicht, und darum hat die Behörde kein Recht, die Urkunde ohne Verlangen herauszugeben. Aus alledem erhellt, daß das Verlangen der Rückgabe unbedingte Voraussetzung des Widerrufs ist; erfolgt die Rückgabe daher ohne oder gegen den Willen des Erblassers, so ist das Testament nicht widerrufen.[20]

Nicht so klar als unbedingte Voraussetzung erscheint das Erfordernis der Rückgabe an den Erblasser persönlich. Hier ist zunächst nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber nicht, um allem Mißverständnis vorzubeugen, statt des Wortes „darf" „kann" gesetzt hat. Schon im Entwurf I[21] findet sich wörtlich der Text des § 2256 Abs. 2 Satz 2. Mit dieser Fassung wollten die Motive,[22] wie aus der Begründung, daß eine durch Empfangnahme seitens eines Bevollmächtigten wirksame Erklärung nicht mit § 2254 im Einklang stehen würde, erhellt, die Zulassung einer rechtsgeschäftlichen Vertretung verneinen. Danach muß sowohl die Rückgabe an einen Vertreter, als erst recht an eine Person, die nicht besonders vom Erblasser zur Empfangnahme bevollmächtigt ist, z. B. Diener, Ehefrau, Kinder des Erblassers als ausgeschlossen gelten. Ein von der zweiten Kommission gestellter abändernder Antrag[23] wurde ausdrücklich ab-

[16]) Planck, Bem. III 2 zu § 2231; Cosack, § 354 III.
[17]) § 1935 vgl. M. V, S. 302.
[18]) Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines BGB. und EG., S. 177 zu § 2299; vgl. § 2229 im Entwurf eines BGB. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage — § 2123 Entw. II.
[19]) Planck, Bem. 2 Abs. 1 zu § 2256; Strohal, § 42 III 3 b und Anm. 15.
[20]) Wenn aber Küntzel*) keine Möglichkeit eines solchen Falles sieht, und daher die Frage des Verlangens der Rückgabe als Mußerfordernis überhaupt für bedeutungslos hält, so ist das, wie Strohal**) ausführt, nicht zutreffend; schon die Motive***) heben den Fall der Verwechslung der Urkunden hervor. Andererseits aber ist auch Strohal zu erwidern, daß sich solche Fälle wohl nicht „mit Leichtigkeit konstruieren lassen", und daß sie daher auch praktisch nur selten vorkommen werden.

*) Küntzel a. a. O., S. 600.
**) Strohal, Anm. 15 a. a. O.
***) M. a. a. O., S. 302.

[21]) § 1935 Satz 2.
[22]) M. V, S. 303.
[23]) Prot. V, S. 354 oben.

gelehnt, da die große Bedeutung der Rücknahme einen unmittelbaren Verkehr des Erblassers mit der Behörde rechtfertige. Daraus folgt, daß jede dritte Person zwingend von einer Empfangnahme der Urkunde derart ausgeschlossen ist, daß, wäre z. B. das Testament an die Ehefrau des Erblassers ausgeliefert, damit überhaupt der Eintritt eines Widerrufs nach § 2256 unmöglich gemacht würde. Dem gegenüber will Strohal[24]) den Widerrufseffekt nur in dem Sinne an die persönliche Empfangnahme knüpfen, daß der Erblasser die Urkunde überhaupt nur auf irgend eine Art persönlich zu erlangen braucht. Strohal stützt sich dabei auf die Fassung des Gesetzes. Allerdings fällt auf, daß nur „darf" und nicht „kann" gesetzt ist,[25]) und man sucht vergeblich nach einer Begründung, wenn man darin nicht den Ausdruck einer Ordnungsvorschrift erblicken will. Aber kann nicht auch der Gesetzgeber das Wort „darf" hier gesetzt haben ohne Absicht, ohne Grund, oder ohne unterscheiden zu wollen zwischen „kann" und „darf"? Strohal selbst gibt zu, daß die Terminologie des BGB. hier nicht immer konsequent ist.[26]) Man darf daher auch nicht sich auf sie zum Beweise stützen, wenn der betreffende Satz auf Grund seiner Entstehungsgeschichte ausdrücklich anders aufgefaßt werden soll als vielleicht der Wortausdruck ergibt. Die Motive[27]) sprechen in unserm Falle allerdings zuerst nur von einer Nichtwirksamkeit der in der Empfangnahme dre Urkunde seitens eines Bevollmächtigten liegenden Erklärung. Das könnte auch heißen, daß der Widerruf eben dann einträte, wenn die Urkunde nur an den Erblasser gelangt, aber diese Auffassung wird gänzlich abgeschnitten durch die folgenden Worte: „Deshalb wird bestimmt, die Herausgabe müsse an den Erblasser persönlich erfolgen; ein praktischer Übelstand ist in dieser Beziehung nicht zu besorgen, da im Wege eines behördlichen Ersuchens eine unmittelbare Rückgabe stets bewirkt werden kann." Und daran anschließend äußern die Protokolle,[28]) daß die Aufhebung nur durch unmittelbaren Verkehr des Erblassers mit dem Gericht sich vollziehen können.

Mit dieser übereinstimmenden Haltung der Motive und Protokolle ist jeder Zweifel behoben. Danach macht die Auslieferung der Urkunde an eine dritte Person den Eintritt des Widerrufs nach § 2256 jederzeit unmöglich.[29]) [30])

Der Erblasser kann nun die Rückgabe „jederzeit" verlangen. Daraus geht hervor, daß er ein unbedingtes Recht auf Rückgabe hat. Aber die Rückgabe muß aus der amtlichen Verwahrung geschehen, denn es handelt sich um die Rückgabe der „in die amtliche Verwahrung genommene" Urkunde (s. § 2256, 1). Daraus ist zwar noch nicht durch arg. e contr. zu folgern, daß der Erblasser unter allen Umständen kein Recht hat, von einer landesgesetzlich zur amtlichen Verwahrung nicht zuständigen Person,[31]) sei es der die Errichtung beurkundende Notar oder Richter, die Rückgabe zu verlangen, und erst recht nicht, daß diese Beamten, soweit sie die Urkunde noch in ihrem Besitz haben, dem Verlangen nicht statt-

[24]) III 3 a, S. 315 und Anm. 14.
[25]) Z. B. „die Rückgabe kann nicht an einen Dritten erfolgen."
[26]) Vgl. auch Planck 1 S. 25 b Abs. 2.
[27]) M. V, S. 303.
[28]) V, S. 354.
[29]) Plancks Auffassung ist aus Bem. 2 Abs. 1 zu § 2256 nicht mit Sicherheit zu erkennen, dürfte jedoch eher für als wider oben vertretenen Standpunkt anzusprechen sein (entgg. Strohal a. a. O. Anm. 14). Offen läßt die Frage Matthiaß, § 278 II B.
[30]) Unbenommen bleibt dem Erblasser dann selbstverständlich der Widerruf nach § 2255, sobald er die Urkunde erlangt.
[31]) Reichsgesetzlich ist nur eine besondere, d. h. strengere größtmögliche Sicherheit bietende Verwahrung verlangt. Wem sie jedesmal zusteht, bestimmen die Landesgesetze. Vgl. darüber Cosack, § 357 I 1 und Anm. 2 u. 3.

geben d ü r f e n, denn dem Nichtvorhandensein des Rechts auf der einen Seite würde nur die Nicht v e r p f l i c h t u n g andererseits entsprechen. Es ist denn auch in der Literatur mehrfach nicht nur die Ansicht vertreten worden, daß der Notar[32]) dem Rückgabeverlangen des Erblassers entsprechen könne, sondern auch daß er ihm entsprechen müsse. Am schroffsten haben sich in letzterer Beziehung Bödecker[33]) und Benkard[34]) ausgesprochen. Bödecker stützt sich dabei auf den Entwurf eines Ausführungsgesetzes zum BGB. Artl. 79,[35]) wonach der Notar deshalb zur Ablieferung nicht verpflichtet ist, „weil für abweichende Bestimmungen des Erblassers Raum bleiben sollte." Liest man aber, abgesehen von der geringen Beweiskraft dieses Entwurfes an Ort und Stelle den zitierten Satz, so findet man im Zusammenhang einen ganz andern Sinn. Es steht da nämlich, daß der Notar zur p e r s ö n l i c h e n Ablieferung nicht verpflichtet ist.[36]) Und dann fährt der Text fort: „Auch soll hier für abweichende Bestimmungen des Erblassers Raum bleiben", d. h. hinsichtlich des O r t e s, nicht der Art der Aufbewahrung,[37]) denn würde der Notar persönlich das Testament statt durch einen Boten oder durch die Post abliefern müssen, so wäre es ihm meistens nicht möglich, den Wünschen des Erblassers über den Ort der Aufbewahrung nachzukommen. Das Hauptargument aber stützt Bödecker im Verein mit Benkard auf die Aufbewahrungsvorschrift des § 2246. Diese sei nur Ordnungsvorschrift und unterliege als solche in ihrer Befolgung dem Ermessen des Erblassers. Diese Folge aber beruht auf einer Verkennung der Ordnungsvorschriften des Gesetzes. Nicht darum, weil von ihrer Verletzung die Gültigkeit des Testaments nicht abhängt,[38]) noch deshalb, weil die Motive[39]) im Interesse der Rechtssicherheit die Aufbewahrung fordern,[40]) sind die Ordnungsvorschriften zwingender Natur, sondern einzig und allein darum, weil das Gesetz sagt: „Du sollst". Das Testament s o l l in amtliche Verwahrung gebracht werden, nicht k a n n. Damit ist gerade gesagt, daß die Verwahrung nicht in das Belieben des Erblassers gestellt ist.[41]) Würde daher die Testamentsurkunde des Erblassers zurückgegeben, so würde das Gesetz nicht minder verletzt, als wenn dort stünde: Das Testament m u s s in die Verwahrung gebracht werden. Dadurch, daß dann im Gegensatz zu den Mußvorschriften die W i r k u n g der Nichtbefolgung eine andere ist, kann aber der unter dem Gesetz Stehende nicht das Recht ableiten, dieselben weniger streng oder garnicht befolgen zu dürfen.[42])

Wenn aber weiter Benkard[43]) es verwunderlich findet, daß gerade das öffentliche Testament in Verwahrung zu bringen und an die unerwünscht schwierige Zurücknahme gebunden ist, während das doch für das eigenhändige Testament nicht vorgeschrieben sei, so ist zu entgegnen, daß der Aufbau des öffentlichen Testamentes rechtlich ganz anderer Art ist als der des eigenhändigen Testamentes. Das öffentliche Testament

[32]) Der Einfachheit halber ist fortan der Notar als Beispiel genommen.
[33]) D. J. Z. 00, S. 500.
[34]) Z. D. Not. V. 03, S. 116 ff.
[35]) S. Entw. eines Ausf.-Ges. z. BGB. nebst Begründung S. 193. Vgl. Art. 81 A. G.
[36]) So Greiff, D. J. Z. 00, S. 522.
[37]) Z. B. an ein anderes als das zuständige Amtsgericht.
[38]) Bödecker a. a. O.
[39]) Mot. S. 296.
[40]) Benkard a. a. O., S. 116.
[41]) Planck sieht in den Sollvorschriften die rechtliche N o t w e n d i g k e i t des Geschehens; s. Planck I. S. 26 Abs. 3.
[42]) Auch Endemann (§ 29 Anm. 31) hat die Normen des § 2246 als dispositiv bezeichnet. Vgl. dagegen Planck, Bem. 1 zu § 2246; Staudinger, Bem. 1 zu § 2246; Wäntig, D. Not. V. 08, S. 633 ff. u. a.
[43]) A. a. O., S. 117 unten.

kommt im Gegensatz zum eigenhändigen unter staatlicher Mitwirkung zustande, und dem entspricht es, daß auch die ebenso bedeutungsvolle Aufhebung unter behördlicher Mitwirkung sich vollzieht.

Nach allem muß man daher sagen, daß weder der Erblasser die Rückgabe der noch nicht verwahrten Urkunde verlangen kann, noch der Notar sie herausgeben darf.[44])

Nun ist aber neuerdings von Wäntig[45]) unter Anerkennung des bisher Ausgeführten eine solche allgemeine Verneinung der Rückgabe durch Ausnahme eines Spezialfalles geleugnet worden. Wäntig will die Herausgabe zulassen, wenn der Erblasser das Testament widerrufen will. Wäntig tritt damit Jastrows[46]) Ansicht bei, jedoch mit ganz anderer Begründung. Denn daß die Rückgabe vor amtlicher Verwahrung deshalb zulässig sei, weil man unter der Verwahrung des § 2256, 1 nicht die „besondere" des § 2246 zu verstehen habe — so Jastrows Ansicht — ist gerade von Wäntig[47]) zutreffend und eingehend widerlegt worden. Wäntig[48]) gründet seine Ansicht im wesentlichen darauf, daß der Erblasser nach § 2255 zu jeder Zeit widerrufen kann. Dieses unbeschränkte materielle Recht überwinde die Ordnungsvorschrift nach § 2246, sodaß der Grundsatz des § 2246 in diesem Falle durch § 2256 durchbrochen werden müßte. Allein ist das wirklich ein *unbeschränktes* materielles Recht, das dem Erblasser in § 2255 zugestanden ist? Allerdings ist, so oft ein Widerruf nach § 2255 erfolgt, der Widerruf jederzeit gültig. Allein aus der jederzeitigen *Wirksamkeit* des Widerrufs kann nicht auf das jederzeitige *Recht* zum Widerruf geschlossen werden.[49]) Denn wenn der Erblasser sich die Urkunde z. B. widerrechtlich aus der amtlichen Verwahrung verschafft und dann widerruft, so baut sich auf der rechtswidrigen Handlung der Widerruf auf; der Widerruf ist gültig. Das liegt aber daran, daß die *Wirksamkeit* des Widerrufs durch das Delikt nicht berührt wird, denn die Wirksamkeit findet lediglich ihre Begründung in dem Widerrufswillen und dem äußeren Vorsichgehen der Widerrufshandlung; für das Recht zum Widerruf streitet kein Recht, denn der Erblasser war auf rechtswidrige Weise zur Widerrufshandlung gekommen, nach dem Gesetz konnte sie nicht vorgenommen werden. Nicht anders steht es, wenn der Erblasser, um zu widerrufen, entgegen der Ordnungsvorschrift des § 2246 sich das eben errichtete Testament aneignet. Es wird also durch die mit dem Widerruf nach § 2252 verbundene Rückgabe in gleicher Weise die Ordnungsvorschrift des § 2246 verletzt, als ob der Erblasser die Urkunde zu eigener Verwahrung zurückgenommen hätte; da sie aber nur Ordnungsvorschrift ist, kann sie *im Einklang mit § 2255* die Gültigkeit des erfolgten Widerrufs nicht hindern. Danach erscheint weder der Grundsatz des § 2246 durchbrochen durch § 2255 noch § 2255 als Ausnahme von § 2246. Im Anschluß an diese Erörterungen, die zeigen, daß der Sollvorschrift des § 2246 kein materielles Recht aus § 2255 entgegensteht, mag auf Riemann[50]) verwiesen werden, der an der Hand der Motive nun nach der positiven Seite hin weiter ausführt, daß § 2255 in Wahrheit eine Ausnahme von § 2254 bildet.

---

[44]) Wilke, Anm. 5 zu § 2256; Eichhorn, 3 c, S. 102; Planck, Bem. 3 zu § 2256; Staudinger, Bem. III C Abs. 6 zu §§ 2253 7; Greiff, a. a. O.; siehe auch Z. D. Not. V. 03, S. 119; Entsch. F. G. 8, S. 259; Jahrb. f. Entsch. d. K. G. 24, S. A 88 f. 90; Wäntig, a. a. O., S. 635.

[45]) A. a. O., S. 633.

[46]) Formularbuch zu § 2255 und Erl. 2 zu § 2256.

[47]) A. a. O., S. 639 ff.

[48]) A. a. O., S. 637.

[49]) Dieses hat er nur, wenn und soweit ihm die Urkunde in rechtmäßiger Weise zur Verfügung steht. Das ist stillschweigende Annahme, von der im Einklang mit dem Text — § 2255 spricht zunächst nur von der Möglichkeit des Widerrufs — auszugehen ist.

[50]) Im Recht 09, S. 208.

Zur Unterstützung seines Hauptarguments aber nimmt Wäntig weiterhin die Motive[51]) in Anspruch.[52]) Dort steht, daß die Rechtssicherheit die Ordnungsvorschrift des § 2246 verlange, aus dem Grunde könne auch dem Verfügenden nicht gestattet werden, das öffentliche Testament selbst zu verwahren, denn der Zweck, die Sorge für einen dispositionsfähigen Zustand und reifliche Überlegung des Erblassers beim Widerruf würde dadurch vereitelt. Allerdings haben die Motive hier nur des Falles gedacht, daß der Erblasser sein Testament aufrecht erhalten, aber nicht in amtliche Verwahrung gebracht haben will.[53]) Aber nicht aus dem Grunde, weil sie den Widerrufsfall ausgeschlossen wissen wollten, sondern einfach deshalb, weil sie überhaupt an die Möglichkeit eines solchen Falles garnicht gedacht haben. Und in der Tat liegt sie sehr fern. Zwar ist nichts bestimmt, wann die Einbringung in die Verwahrung zu erfolgen hat,, aber es liegt im Sinne der Ordnungsvorschrift, daß sie unverzüglich geschehen muß. Wie sollte in diesem Augenblicke der Erblasser dazu kommen, das Testament zu widerrufen, das er eben errichtet hat, und zwar, wie man bei einem öffentlichen Testament annehmen darf, nach reiflicher Überlegung? Untersucht man nun aber den Widerrufsfall im Sinne der Motive, so muß man sagen, daß sie die Rückgabe ebenso wie im Fall der Selbstverwahrung verweigert hätten, denn die Rechtssicherheit wird auch durch die Rückgabe zum Zwecke des Widerrufs nicht gewährleistet, denn wenn der Erblasser es nicht vernichtet, so hat der Notar kein Mittel, sich wieder in den Besitz der Urkunde zu setzen;[54]) was aber im besonderen die Überlegung und den dispositionsfähigen Zustand anlangt, so kann man, selbst wenn der Notar gegenwärtig des Widerrufs sein sollte, von ersterer wohl überhaupt nicht reden, letzterer aber dürfte in der Regel sehr zu bezweifeln sein, denn es ist mehr als auffallend, wenn ein Erblasser, der sich zur öffentlichen Errichtung seines letzten Willens entschlossen und diesen Entschluß eben ausgeführt hat, plötzlich das Testament widerrufen will.

Endlich aber sind auch die praktischen Gründe, die Wäntig[55]) anführt, durchweg nicht stichhaltig, denn die durch die amtliche Verwahrung geschaffene Umständlichkeit und Gefahr der Verzögerung – der Erblasser könne inzwischen versterben oder widerrufsunfähig werden –, wird durch den nach § 2254 zulässigen Widerruf völlig behoben. Der Erblasser kann jederzeit in wenig Worten das öffentliche Testament schriftlich widerrufen.

Infolgedessen ist zusammenfassend zu sagen, daß ein für allemal eine Rückgabe des öffentlichen Testamentes in der Zeit zwischen Errichtung und Ablieferung in die Verwahrung unzulässig ist.

In § 2256 ist dem Erblasser das Recht auf Rücknahme der Urkunde eingeräumt, das erscheint beinahe selbstverständlich und doch ist es ausdrücklich hervorgehoben. Daraus ist zu schließen, daß andere Rechte, die nicht so selbstverständlich sind, im Falle ihrer Einräumung erst recht der Gesetzgeber erwähnt hätte. Danach hat der Erblasser nicht das Recht auf Einsicht oder Vorlage der Urkunde, denn das Gesetz spricht nicht davon.[56]) Und die Verwahrungsstelle wird, da das Testament nach § 2246 amtlich verschlossen ist, auch nicht die Einsicht von sich aus gestatten können, denn die Eröffnung des Verschlusses würde dadurch notwendig.

[51]) Mot. S. 296.
[52]) Wäntig a. a. O., S. 637/8.
[53]) So Wäntig a. a. O., S. 638.
[54]) Riemann a. a. O., S. 209.
[55]) A. a. O., S. 636.
[56]) Vgl. Planck, Bem. 3 Abs. 2 zu § 2256; Eichhorn, 3 c, S. 102; Entsch. F. G. Bd. 8, S. 36/7.

Demgegenüber will eine Entscheidung des O. L. G. Stuttgart[57]) dennoch die Eröffnung zulassen, wenn sie durch ein überwiegendes rechtliches Interesse geboten erscheint. Aber wie ist das vor Eröffnung feststellbar? Die Entscheidung gibt selbst zu, daß auch die größten Vorsichtsmaßregel bei der Eröffnung eine unbefugte Einmischung nicht verhindern und die im Interesse aller Beteiligten erforderliche Geheimhaltung und Unversehrtheit nicht sichern können. Ob und wie groß danach Nachteile durch die Eröffnung entstehen, läßt sich vorher nicht ermessen, folglich fehlt auch der Maßstab, nach dem allein das rechtliche Interesse des Erblassers an der Eröffnung, soweit dieses überhaupt mit Sicherheit festzustellen ist, als überwiegend hingestellt werden kann. Das überwiegende Interesse aber sollte gerade das für eine Eröffnung entscheidende Moment sein.

Hinsichtlich der Ausführung der Rückgabe ist noch folgendes zu bemerken:

Da der Erblasser die Rückgabe nur von der Verwahrungsstelle verlangen kann, so hat er sich unmittelbar an diese zu wenden. Ob aber diese wiederum unmittelbar dem Erblasser die Urkunde aushändigen muß, darüber sagt das Gesetz nichts. Die Landesgesetze werden daher zu entscheiden haben, ob die Verwahrungsstelle selbst, oder der zuständige Testamentsrichter oder Notar dem Erblasser die Urkunde übergibt.[58])

Bei weiter Entfernung des Erblassers von der Verwahrungsstelle wird schon durch die örtliche Trennung eine unmittelbare Rückgabe seitens des Verwahrungsbeamten unmöglich gemacht. Sie erfolgt dann im Wege der Rechtshilfe durch Ersuchen des betreffenden Amtsgerichts.[59])

Bei der Rückgabe selbst ist als unerläßliche Voraussetzung die Geschäftsfähigkeit (§ 2253, 2) festzustellen, ferner darauf zu achten, daß der Erblasser den Hinterlegungsschein (§ 2246, 2) zurückgibt. Wie die Ausgabe, so wird auch die Zurückgabe im Sinne einer Ordnungsvorschrift zu halten sein. Der Erblasser ist daher zur Rückgabe des Scheins verpflichtet, wenngleich die Unterlassung die Gültigkeit der Rückgabe des Testaments nicht berührt.[60])

Zurückzugeben sind sämtliche Urkunden, auch das seinerzeit aufgenommene Protokoll. Über die Rücknahme selbst ist die Aufnahme eines Protokolls nicht vorgeschrieben, jedoch wird sie im Interesse des Erblassers sehr anzuraten sein.

Nach § 2256, 1 gilt das Testament als widerrufen, wenn es dem Erblasser zurückgegeben wird. Daraus ist ersichtlich, daß das entscheidende Moment des Widerrufs die Rückgabe oder die Empfangnahme der Urkunde durch den Erblasser bildet. Das bloße Verlangen genügt also nicht, und wenn der Erblasser inzwischen stirbt oder dauernd geschäftsunfähig wird, so liegt kein gültiger Widerruf vor. Ist jedoch der Antrag schriftlich in der Form eines eigenhändigen Testamentes erfolgt und der Widerrufswille derart ausdrücklich erklärt, daß daraus hervorgeht, daß er schon zur Zeit der Niederschrift des Antrags auf Herausgabe vorhanden war, so wird darin allerdings ein Widerruf nach § 2254 zu erblicken sein, denn der Antrag ging ja lediglich auf die Herausgabe des Testaments.[61]) Man

---

[57]) S. Rspr. d. OLG. Bd. 9, S. 412.
[58]) Boschan, Nachlaßsachen, 2 § 40 b, S. 169.
[59]) Prot. V, S. 354. Ist der Erblasser durch Krankheit verhindert, persönlich zum zuständigen Beamten zu kommen, so muß dieser sich zu ihm begeben. Vgl. Planck, Bem. 4 b zu § 2256.
[60]) Vgl. Bischoff im Recht 00, S. 433; Boschan a. a. O.
[61]) Strohal, § 42 III 3, S. 315; Planck, Bem. 2 Abs. 3 zu § 2256.

kann daher aber auch nicht mehr von einem Antrag auf Rückgabe als bestimmendes Merkmal, sondern nur noch von einem Widerruf reden, mit dem der Erblasser aus bestimmten Gründen das Verlangen der Herausgabe des widerrufenen Testamentes verband, etwa um ein späteres Kundwerden des Testamentes zu verhüten.

Da an die Rückgabe die Wirkung des Widerrufs geknüpft ist, so erhellt, daß der Erblasser in diesem Zeitpunkt widerrufsfähig sein muß. Ist damit auch gesagt, daß für das Verlangen Widerrufsfähigkeit zu fordern ist?

Planck[62]) ebenso Küntzel[63]) führen zutreffend aus, daß bei einem früher gestellten Rückgabeantrag die Widerrufsfähigkeit nur deshalb nicht für erforderlich zu halten ist, weil das darin ausgesprochene Verlangen zur Zeit der Rückgabe erneuert wird und hier die Widerrufsfähigkeit vorhanden sein muß; daraus geht aber hervor, daß auch für das Verlangen Widerrufsfähigkeit gefordert wird, die jedoch nur deswegen im Zeitpunkte der Rückgabe zu bestehen braucht, weil stets mit der Rücknahme sich das Verlangen verbindet, nicht weil das Verlangen selbst keiner Widerrufsfähigkeit bedarf. Ersteres wird von Strohal,[64]) letzteres von Matthiass[65]) bestritten.

Jedoch das zum Beweise angeführte Beispiel[66]) Strohals vermag das Gesagte nicht zu erschüttern, denn wenn dort der Erblasser bei der Rückgabe derart beschaffen ist, daß er den Rückgabeakt „einfach über sich ergehen läßt, ohne sich auch nur zum Bewußtsein zu bringen, was ihm zurückgegeben worden ist", so ist der Erblasser nach dem Gesetz aus dem Zustand der vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit in den der Bewußtlosigkeit gelangt. Er ist daher zurzeit der Rückgabe widerrufsunfähig, weder ein Verlangen noch eine rechtsgültige Entgegennahme liegt vor und daher auch keine Widerrufswirkung.[67]) Daß vielmehr immer[68]) in der widerrufsfähigen Entgegennahme das Verlangen der Rücknahme sich ausdrückt, wird auch durch Plancks Argumentation[69]) bestätigt. Denn wenn die Widerrufsfähigkeit „n u r" im Zeitpunkt der Rückgabe vorhanden zu sein braucht, w e i l das Verlangen erneuert wird, so erhellt, daß, wenn die Möglichkeit bestände, daß in der Entgegennahme n i c h t das Verlangen sich ausdrückte, die Widerrufsfähigkeit nicht „n u r" im Zeitpunkt der Rückgabe, sondern auch im getrennten Zeitpunkte des Verlangens bestehen muß, da ja die Begründung, warum die Widerrufsfähigkeit nur im Zeitpunkte der Rückgabe zu bestehen braucht, entfällt.

Was nun weiterhin die Ansicht von Matthiass[70]) angeht, daß die Widerrufsfähigkeit für das Verlangen überhaupt bedeutungslos sei, da sich die Widerrufs w i r k u n g an die Rückgabe, nicht an das Verlangen knüpfe, so ist dem entgegenzuhalten: Daß sich die Widerrufswirkung an die Rückgabe knüpft, ist nur eine äußere Erscheinungstatsache, denn wesentlich für den Eintritt des Widerrufs ist ebenso gut das Verlangen, dieses bildet nicht minder zwingende Voraussetzung für die Widerrufswirkung wie die Rückgabe selbst. Wenn man sich zudem vergegen-

[62]) Bem. 2 Abs. 2 zu § 2256.
[63]) A. a. O., S. 601.
[64]) § 42 III a c Abs. 2.
[65]) § 278 II B; siehe auch Frommhold. Bem. 1 zu § 2256, jedoch ohne Begründung.
[66]) A. a. O., Anm. 16.
[67]) Solches Ergebnis ist auch allein praktisch befriedigend. — Wäre der Erblasser zur Zeit der Rücknahme widerrufsfähig gewesen, so hätte er auch das Verlangen der Rückgabe gehabt, oder die Urkunde überhaupt nicht angenommen.
[68]) Selbstverständlich abgesehen von den Fällen der Täuschung und Drohung.
[69]) Planck a. a. O.; siehe auch Küntzel a. a. O.
[70]) A. a. O.

wärtigt, daß mit der Empfangnahme der Urkunde vor Richter und Notar das Verlangen erneuert wird und andererseits das früher gestellte Verlangen nicht genügt, dieses vielmehr bei der Rückgabe vorhanden sein muß, so ist zu sagen, daß die Wiederrufswirkung auch mit dem Verlangen auf engste verknüpft ist, wenngleich der Effekt äußerlich oder rein tatsächlich an das Moment der Übergabe sich anschließt. Im Gegensatz dazu aber kommt es für die Bestimmung der Widerrufsfähigkeit gerade auf die rechtliche Zurücknahme an, die durch das Vorhandensein und den Zusammenhang aller Voraussetzungen bedingt ist. Man wird daher das Erfordernis der Widerrufsfähigkeit des Erblassers bezüglich seines Verlangens nicht fallen lassen dürfen.[71])

Danach ist das Resultat: Die Widerrufsfähigkeit muß auch zur Zeit des Verlangens der Rückgabe vorhanden sein, aber da der Zeitpunkt der Rückgabe sowohl das Verlangen als die Rückgabe selbst umfaßt, so genügt die Widerrufsfähigkeit zur Zeit der Rückgabe.[72])

Durch die bestimmte Wortfassung „gilt als widerrufen" in Verbindung mit der einfachen Voraussetzung: „Wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird", ist gesagt, daß es auf den Aufhebungswillen nicht ankommt, vielmehr unabhängig davon der Widerruf schlechthin an die Rückgabe gebunden ist.[73]) Also ist auch im Gegensatz zu § 2255 der Beweis, daß der Erblasser zur Zeit der Rückgabe den Aufhebungswillen garnicht hatte, völlig bedeutungslos.[74])

Wenn nun auch in der Regel in der Entgegennahme der Urkunde der Aufhebungswille liegt, so ist doch nicht zu verkennen, daß es Fälle gibt, in denen der Erblasser die Aufhebungsabsicht nicht hat; z. B. der Erblasser will die Urkunde nur zurückerhalten, um sich seines Inhalts noch einmal zu vergewissern, oder zu sehen, ob sie noch in ordentlichem und unverändertem Zustande sich befindet. Mögen solche Gründe, die allein den Erblasser zur Zurücknahme bewogen haben, auch späterhin mit Sicherheit sich feststellen lassen, sie würden keine Beachtung finden können.[75]) Dieses merkwürdige Ergebnis, zu dem die Strenge des Gesetzes zwingt, fällt auf. Nicht nur weil es praktisch zu Mißständen führen kann, sondern auch weil es so ganz gegen das Prinzip des Gesetzes — Beachtung des letzten Willens — verstößt. Warum sagt das Gesetz unwiderrufbar: Mit der Zurücknahme hat der Erblasser das Testament widerrufen. Der Entw. I,[76]) den bei der Aufstellung dieses Satzes der Gedanke leitete, daß in der Regel Gültigkeit des Testamentes und Verwahrung zusammenfallen, vermag das nicht hinreichend zu erklären, denn einmal ist das nur regelmäßig der Fall, und zum andern ist nun einmal die Verwahrung nicht Voraussetzung der Gültigkeit des Testaments. Und diese Erwägung wirkt umso unbefriedigender, wenn man daran denkt, daß späterhin — die Motive hatten abgelehnt — das Privattestament eingeführt und damit unter Durchbrechung des von den Motiven aufgestellten Grundgedankens gerade das Gegenteil zur Durchführung kam. Wollte man da wieder die öffentliche Natur des Testaments zur Geltung bringen, so bleibt noch immer zu verwundern, warum man auch dem Privat-

[71]) Zu sichtbarer Geltung würde das Ergebnis zwar erst dann kommen, wenn Verlangen und Rückgabe zeitlich auseinanderfielen; daß diese Möglichkeit als ausgeschlossen gelten muß, darf aber nicht hindern, den Schwerpunkt der geforderten Widerrufsfähigkeit genau zu präzisieren.

[72]) So Ude, C. Bl. f. F. G. 2, S. 418/19, dessen Begründung jedoch nicht anerkannt werden kann.

[73]) Daher entfällt auch der teilweise Widerruf, nur ganze Beseitigung ist möglich.

[74]) Planck, Bem. 1 zu § 2256; Frommhold, Bem 1 zu § 2256; Cosack, § 2358 I 3 a; Endemann, § 29 Anm. 33; Dernburg, § 40 VI Abs. 2; M. S. 302.

[75]) Vgl. Ude, a. a. O.; Goslich, C. Bl. f. F. G. 3, S. 97.

[76]) § 1935; M. V, S. 308.

testament dieselbe besondere amtliche Verwahrung zukommen ließ, denn der größeren Bedeutung derselben für das öffentliche Testament hätte es entsprochen, ihm auch eine von dem Privattestament unterschiedliche und in diesem Sinne besondere amtliche Verwahrung zu gewähren.

Aber auch abgesehen von dieser wohl nicht entscheidenden Erwägung ist zu sagen: Selbst wenn der Gesetzgeber wollte, daß die staatliche Mitwirkung auch bei dem Widerruf solcher Testamente nicht fehle, die unter staatlicher Aufsicht zustande kommen,[77]) ein Satz, dessen Wert unbeschränkt anzuerkennen nicht jeder geneigt sein dürfte, so hätte er diesen Willen im Einklang mit dem Aufhebungswillen viel besser formuliert, wenn er gesagt hätte: Nur dann ist das Testament zurückzugeben, wenn der Erblasser es widerrufen will. Damit ist zugleich die Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs gewahrt, wenn auch andererseits einem anderweitigen Interesse des Erblassers an der Zurücknahme ebensowenig entsprochen wird, als im Fall des § 2256. In der Erklärung der jetzigen Fassung aber bleibt eine nicht zu verkennende Lücke, und daher kann die Fassung auch nicht befriedigen. Daran ändert sich auch nichts durch die Erwägung, daß die praktischen Übelstände tatsächlich oft gemildert werden, denn die Rückgabe hat an den Erblasser persönlich zu geschehen, und der Verwahrungsbeamte resp. der Zuständige wird es nicht unterlassen, den Erblasser vor der Rückgabe über die Folgen zu belehren. Eine solche Hinweisung aber sollte gesetzlich vorgeschrieben sein,[78]) damit wenigstens die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß der Erblasser ohne sein Wissen sein Testament widerruft.

Ist aber das Testament trotz Aufhebung der amtlichen Verwahrung nicht widerrufen, so in allen Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 2256, 1 und 2 nicht vorliegen, so ist, wie in § 2255 die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zulässig, im Falle des Vorhandenseins der Urkunde durch Vorlegung (§§ 420 ff. ZPO.), andernfalls durch alle zu Gebote stehenden Mittel.[79])

Analog des Widerruf des § 2255[80]) muß auch hier der Widerruf als letztwillige Verfügung erachtet werden. Wenn die sonst übliche äußere Form nicht gewahrt ist, so liegt das in der Natur der Sache. Immerhin ist auch die Rückgabe nicht formlos, da sie unter behördlicher Mitwirkung erfolgt. Auch eine positive Wirkung ist nicht ausgeschlossen, denn es ist sehr wohl möglich, daß durch die Zurücknahme eine frühere positive Verfügung rückwirkend wieder Geltung erlangt (§§ 2257, 2258, 2).

Dagegen ist die rechtliche Natur eine andere als die des Widerrufs nach § 2255. In § 2255 ist der Aufhebungswille unbedingte Voraussetzung, in § 2256 muß seine Berücksichtigung als mit dem Gesetz im Widerspruch stehend als ausgeschlossen gelten.[82]) Dieser grundlegende Unterschied muß wieder bei der Anwendung der allgemeinen und besonderen erbrechtlichen Grundsätze auf letztwillige Verfügungen seine Wirkung ausüben. Unter Berücksichtigung des Verlangens der Rückgabe und der Zurücknahme selbst als Voraussetzungen des Widerrufs gelangt man dann im einzelnen zu folgenden Schlüssen:

Die Voraussetzung der Gültigkeit des Widerrufs nach § 2256 überhaupt ist geknüpft:

1. an die Person des Erblassers,

[77]) Diese Möglichkeit wäre ihm allerdings genommen, wenn er das Testament unwiderrufen aus der Verwahrung in die Hände des Erblassers gelangen lassen würde.
[78]) So in Bayern, Gesch. Ordnung d. Notars v. 24. Dez. 99, § 240, Abs. 5.
[79]) Vgl. Erört. S. 154.
[80]) Vgl. Erört. S. 155 ff.
[82]) M. V. S. 308.

2. an die Form des Widerrufs,
3. an den Inhalt.

Zu 1: Der Erblasser muß persönlich die Urkunde in Empfang nehmen und widerrufsfähig sein, gem. §§ 2229, 1 u. 2 und § 2253, 2. Mit welchen Faktoren die Widerrufsfähigkeit verbunden sein muß, ist bereits oben ausgeführt.[83])

Zu 2: Die Rückgabe hat durch den zuständigen Beamten zu geschehen, hat sich der Erblasser z. B. die Urkunde rechtswidrig verschafft, so bleibt das Testament gültig, trotz Entfernung aus der Verwahrung.

Zu 3: Wird durch das Verlangen oder durch Zurücknahme gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, so ist der Widerruf nichtig. Eine Verfehlung gegen die guten Sitten ist ausgeschlossen; desgleichen sind Bedingungen irgend welcher Art nicht möglich beim Widerruf nach § 2256.

Auch eine Mentalreservation (§ 116, Satz 1), die sich etwa bei dem Verlangen der Rückgabe denken läßt, kann nicht statthaben. Denn das „Erklärte" ist die Zurücknahme. Nimmt er aber zurück, und erst in diesem Augenblick erfolgt der Widerruf, so zeigt er, daß er das Erklärte doch will, bei der rein tatsächlichen Zurücknahme aber ist eine Mentalreservation undenkbar.

Dagegen ist eine Scherzerklärung sowohl bezüglich des Verlangens wie der Zurücknahme möglich. In diesem Falle würde das Testament unverändert gültig sein, es läge überhaupt kein Widerruf vor. Jedoch wird infolge der öffentlichen Mitwirkung eine praktische Möglichkeit eines solchen Falles kaum anzunehmen sein.

Die positive Einsetzung eines Gestorbenen durch die Zurücknahme ist nur durch das Aufleben einer früheren positiven Verfügung möglich (§§ 2257, 2258, 2). Die Wirksamkeit des Widerrufs wird dadurch nicht berührt. Ist der im Testament[84]) eingesetzte Erbe zur Zeit des Widerrufs bereits gestorben, so ist dem Widerruf von Anfang an seine Wirksamkeit genommen, ein gültiger Widerruf liegt daher, analog dem Widerruf nach § 2255[85]) garnicht vor.

Abgesehen von diesen Nichtigkeitsfällen kann der Widerruf auch angefochten werden, mögen die Anfechtungsgründe in dem Verlangen der Rückgabe oder in der Rücknahme selbst liegen. Bezieht sich jedoch die Anfechtung n u r auf den v o r der Rücknahme gestellten Antrag, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, da ja mit der Zurücknahme ein erneutes unanfechtbares Verlangen sich ausdrückt, einerlei ob es ausdrücklich wiederholt wird, oder in der stillschweigenden Entgegennahme der Urkunde selbst zu finden ist.

Was die einzelnen Tatbestände der Anfechtung angeht, so ist darüber folgendes zu sagen:

Eine Anfechtung wegen Irrtums über den Inhalt der Erklärung liegt vor, wenn die abgegebene Erklärung selbst gewollt, jedoch die Vorstellung von der rechtlichen Bedeutung eine irrige ist. Der Erblasser wollte also tatsächlich die Urkunde zurücknehmen, gleichzeitig aber nicht dadurch den Widerrufswillen erklären, den er im Augenblick der Erklärung garnicht hatte. Da der Aufhebungswille ganz gleichgültig ist für die rechtliche Gültigkeit des Widerrufs, so muß es auch gleich sein, ob und aus welchem Grunde der Erblasser wußte oder nicht wußte von dem durch die Zurücknahme bedingten Widerruf. Danach muß die Anwendbarkeit

---

[83]) S. 193 ff.
[84]) Sc. in dem zu widerrufenden.
[85]) S. 159.

des § 2078, Abs. 1, 1. Teilsatz, verneint werden, denn Mängel im Erklärungswillen des Erblassers liegen nicht vor.[86])

Anders, wenn der Erblasser eine Erklärung des betreffenden Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. Verspricht sich z. B. der Erblasser und verlangt statt des zweiten Testaments sein erstes, und dieses wird ihm ausgehändigt, so hat zwar der Erblasser seine Urkunde verlangt und auch erhalten, der Widerrufseffekt tritt daher ein, aber er kann angefochten werden, denn der Erblasser war im Irrtum über das, was er verlangt und zurückgenommen hatte. Anders aber z. B., wenn er zwar das zweite verlangt, er vergreift sich aber und nimmt das erste. Hier fehlt der tatsächliche Akt der Zurücknahme der zweiten Urkunde, die er verlangt hatte, während das zurückgenommene erste Testament nicht verlangt war. Es fehlt also sowohl hinsichtlich des ersten wie des zweiten Testaments an einer Voraussetzung des Widerrufs, und wegen dieses Mangels liegt für beide Testamente kein Widerruf vor.

Wichtiger als der erwähnte Fall wird die Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde sein. § 2078, 2. Hier wollte nicht nur der Erblasser die Urkunde zurücknehmen, er hatte auch den Willen der Wirkung, den die Zurücknahme bedingt, aber der Doppelwille war durch irrige Vorstellung hervorgerufen.[87])

Ist der Erblasser widerrechtlich durch Drohung zum Verlangen der Rückgabe oder zur Zurücknahme des Testaments gezwungen worden, — ob auch der Widerrufswille erzwungen war, ist einflußlos — so ist auch dieser Widerruf anfechtbar.

Die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079) wird man, wie beim Widerruf nach §§ 2254, 2255[88]) verneinen müssen.

Bezüglich der Anfechtung im einzelnen, Anfechtungsberechtigung, Anfechtungsfrist, Wirkung usw. ist, wie beim Widerruf nach § 2255 auf das obengesagte zu verweisen.[89]) [90])

Von den weiteren Fällen einer späteren Entkräftung des Widerrufs käme nur noch der Widerruf des nach § 2256 erfolgten Widerrufs in Betracht. Wie beim Widerruf nach § 2255 und aus analogen Gründen[91]) ist auch hier der Widerruf unzulässig.[92]) M. E. aber kommt außerdem vor allem entscheidend zur Geltung: auch dieser zweite Widerruf könnte doch nur nach den im Gesetz aufgestellten Widerrufsmöglichkeiten widerrufen werden. Schon dadurch wird unmöglich, die Rückgabe in die amtliche Verwahrung als Widerruf zu stempeln, denn sie läßt sich unter keine Widerrufsart formulieren.[93]) Weiterhin aber setzen alle Widerrufsarten (§§ 2254, 2255, 2256, 2258) den Bestand eines Testaments voraus, auch der Widerruf nach § 2254, denn in § 2253 steht: ein Testament kann jederzeit widerrufen werden. Im Falle des Widerrufs nach § 2256 aber

---

[86]) So auch Planck (Bem. 2 Abs. 2 zu § 256), durch die ausschließende Parenthese — „aber nicht der Mangel des Aufhebungswillens"—.

[87]) Z. B. durch die Annahme, der hoffnungslos daniederliegende Erbe werde binnen kurzem sterben; der Erbe aber erholt sich wieder und überlebt den Erblasser. Dann kann der Erbe den durch die Zurücknahme erfolgten Widerruf anfechten.

[88]) Vgl. Anm. 83, S. 162, oben.

[89]) Vgl. Anm. 84, S. 162, Anm. 47, S. 118, S. 74 ff.

[90]) Vgl. Boehm, S. 201, § 64 III b; Dernburg, S. 113, § 40 VII; Strohal, S. 317, § 42 III 3 d; Matthiass, S. 679, § 278 II B; Küntzel a. a. O., S. 601.

[91]) Vgl. S. 163 ff.

[92]) Vgl. Planck, Bem. 6 zu § 2256; Cosack, § 358 I 3 b; Staudinger, Bem. IV zu §§ 2253–2257; Boehm a. a. O. S. 201, Anm. 3.

[93]) Die Wiederannahme eines zurückgenommenen Testamente ist daher nur beim eigenhändigen möglich.

ist gar kein Testament mehr vorhanden.[94]) Will der Erblasser daher den Inhalt der nach § 2256 widerrufenen Testamentsurkunde wieder zur Geltung bringen, so muß er wie beim Widerruf nach § 2255 ein völlig neues Testament desselben Inhalts errichten.

---

[94]) Ist also der Widerruf durch Testament erfolgt (§§ 2254, 2258), so kann darum der Widerruf widerrufen werden, weil ein Testament da ist, das widerrufen werden kann. Dem Widerruf des Widerrufs aber wird erst die Wirkung der Wiedergeltung des ersten Testaments beigelegt. Daraus folgt, daß die Wirkung des Widerrufs eine ganz verschiedene ist. Der Widerruf nach den §§ 2255/6 vernichtet das Testament resp. einen Teil des Testaments (§ 2255), denn das widerrufene kann nicht weiter zur Geltung gebracht werden. Der Widerruf nach §§ 2254, 2258 aber hebt nur die Geltung des Testaments auf, denn es kann so wieder wirksam werden, als ob es garnicht widerrufen worden wäre.

ANHANG.

Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testamentes.

Das gemeinschaftliche Testament[1]) unterscheidet sich von dem gewöhnlichen Testament durch die Gemeinsamkeit des Errichtungsaktes. Während hier der Erblasser für sich allein seinen Willen erklärt, werden dort beide Verfügungen, wenn auch zunächst nur rein äußerlich, durch ein Rechtsgeschäft zusammengehalten. Gleichwohl hat der Gesetzgeber dieses rechtliche Gebilde als „Testament" bezeichnet und unter dem Testamentsabschnitt geregelt. Es mögen daher einige Bemerkungen über den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments folgen.

Daraus, daß unter den Vorschriften über das gemeinschaftliche Testament hinsichtlich seines Widerrufs nur eine besondere Bestimmung über den Widerruf nach § 2256 (§ 2272), daß ferner nur Widerrufsbestimmungen über eine besondere Art des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271) aufgenommen sind, sowie andererseits aus der obenerwähnten Einreihung der Vorschriften unter dem Testamentsabschnitt überhaupt geht hervor, daß grundsätzlich die Testamentsvorschriften Anwendung zu finden haben. Das gemeinschaftliche Testament ist demnach, abgesehen von der aus § 2272 sich ergebenden Modifikation frei widerruflich, soweit nicht hinsichtlich korrespektiver Verfügungen die Beschränkungen des § 2271 eingreifen.

Daraus folgt:

Das gemeinschaftliche Testament kann zunächst jederzeit gemeinsam widerrufen werden nach Vorschrift der §§ 2253 bis 2258.[2]) Die Ehegatten[3]) können gemeinsam ein Testament errichten, indem sie nur ausdrücklich den Widerruf des ersterrichteten gemeinschaftlichen Testaments erklären (§ 2254), sie können das gemeinschaftliche Testament ganz oder zum Teil vernichten (§ 2255),[4]) sie können es auch gemeinsam aus der amtlichen Verwahrung zurücknehmen (§§ 2272 mit 2256) und endlich es auch dadurch ganz oder zum Teil widerrufen, daß sie ein neues positives gemeinschaftliches Testament errichten, das mit dem ersten ganz oder zum Teil in Widerspruch steht (§ 2258).

Abgesehen von diesem gemeinsamen Widerruf kann auch jederzeit das gemeinschaftliche Testament einseitig widerrufen werden, soweit nicht korrespektive Verfügungen davon betroffen werden. Jeder Ehegatte kann demnach für sich seine Verfügung durch ausdrückliche Erklärung widerrufen (§ 2254). Auch die Vernichtung oder Veränderung seiner Verfügung[5]) muß jedem Gatten jederzeit offen stehen.

[1]) Das r. R. kannte ein testamentum reciprocum und correspektivum nur als Ausnahmebestimmung für Soldaten. L. 19 C. de pactis 2, 3. Eine Novelle Valentinians (III §§ 1, 2, 3), die solche Testamente anerkannte, war im justinianischen Recht nicht aufgenommen. Vgl. Matthiass § 279, Abs. 2; Vering S. 359/60; Dernburg, Pand. § 97, Anm. 4.

[2]) Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Verfügungen korrespektiv sind oder nicht, denn § 2271 handelt nur von dem einseitigen Widerruf.

[3]) Nur auf diese bezieht sich das gemeinschaftliche Testament (§ 2265).

[4]) Dabei wird die Ausführung durch einen im Auftrag oder Übereinstimmung des andern Gatten genügen. Vgl. Dernburg, § 93 II, Anm. 2; Staudinger, Bem. 2 zu § 2272; Planck, Bem. 2 zu § 2272, Abs. 1 in Verbind. mit Abs. 2, 1. Teilsatz.

Planck[6]) verneint dies, grundsätzlich auch Strohal[7]), der nur hinsichtlich besonderer Niederschriften eine Ausnahme machen will.[8]) Allein, wo steht das im Gesetz? Zwar ist nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt, aber einmal ist doch von der grundsätzlichen Zulässigkeit des einseitigen Widerrufs auszugehen, und zum andern schließt § 2272 gerade und nur den einseitigen Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments nach § 2256 aus. Daraus und aus der Verbindung dieser beiden Momente erhellt, daß auch ein einseitiger Widerruf nach § 2255 gestattet ist. Zudem: § 2271 beschränkt den einseitigen Widerruf korrespektiver Verfügungen, umso eher würde ausdrücklich hervorgehoben sein, wenn nicht korrespektive Verfügungen nicht einseitig widerrufen werden könnten. Das ist denn auch hinsichtlich § 2256 geschehen, bezgl. § 2255 aber nicht. Wie schon oben erwähnt,[9]) kann das in amtlicher Verwahrung befindliche gemeinschaftliche Testament durch einseitige Zurücknahme nicht widerrufen werden (§ 2272 mit § 2256), ob korrespektive Verfügungen oder nicht, immer müssen also beide Gatten die Rückgabe verlangen und in beider Anwesenheit vom zuständigen Beamten die Urkunde ausgehändigt werden. Erfolgt die Rückgabe unrechtmäßig nur an einen Ehegatten, so liegt daher kein Widerruf vor. Aber auch wenn die Zurücknahme nicht den Widerrufserfolg zeitigt, z. B. bei einem nach § 2248 hinterlegten eigenhändigen Testament (§ 2256, 3) ist nur gemeinschaftliche Rücknahme möglich, denn § 2272 spricht schlechthin von „zurücknehmen", ohne zu unterscheiden, ob dadurch der Widerruf bewirkt wird oder nicht. Die einseitige Zurücknahme aber ist ferner ausgeschlossen ohne Rücksicht auf das Versterben eines Gatten. Nach dem Eintritt eines solchen Ereignisses kann daher ein gemeinsames Testament überhaupt nicht aus dem Verwahrsam genommen werden, auch wenn der Überlebende das ihm zugewendete ausschlägt und nun nach § 2271, 2 nicht mehr an seine Verfügung gebunden ist. Endlich kann jeder Gatte ein neues positives Testament errichten und dadurch seine Verfügung im gemeinschaftlichen Testament widerrufen gem. § 2258, 1.[10])

Das über den einseitigen Widerruf Gesagte gilt aber nicht für korrespektive Verfügungen, d. h. für solche, die in einem derartigen Zusammenhange mit einander stehen, daß die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen sein würde (§ 2270).[11]) Hinsichtlich des Widerrufs solcher Verfügungen unterscheidet das Gesetz zwischen dem Widerruf bei Lebzeiten des andern Gatten und dem nach dem Tode desselben.

Im ersteren Falle kann jeder Ehegatte seine Verfügung einseitig widerrufen durch eine gegenüber dem andern Teil abgegebene gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung (§ 2271, Abs. 1, Satz 1 mit § 2296). Daraus erhellt:

[5]) Wird daher durch die Vernichtung z. B. völlige Zerstörung der ganzen Urkunde auch die Verfügung des andern Gatten betroffen, so ist sie unzulässig.
[6]) Bem. I 2 b zu § 2271; Bem. 3 Abs. 1 u. 2 zu § 2272.
[7]) § 43 a. II 2 Anm. 7, S. 331.
[8]) Auch Matthiass läßt regelmäßig einseitige Vernichtung nicht zu. Vgl. 279 III B. S. aber auch Frommhold. Bem. 1 zu § 2271; Endemann § 45 4 a.
[9]) Vgl. S. 210.
[10]) Vgl. zu den Ausführungen: Planck, Bem. I, 1 u 2 b zu § 2271; Bem. 1 u. 2 zu § 2272; Strohal, § 43a I u. II 1 u. 3; Leske, § 285 V, 1, S. 1249/50; Dernburg § 93 II; Matthiass a. a. O. III A. B.
[11]) Die wissenschaftliche Konstruktion ist bestritten. Nach den Prot. (V S. 450/51) liegt in ihnen nur ein „Zusammenhang des Motivs" vor; so auch Staud., Bem. I zu §§ 2270/71. S. 614. Dernb. (§ 92 II) sieht zwischen ihnen wechselseitige Bedingtheit.
Wann Korrespektivität vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung festzustellen. Eine gesetzliche Vermutung für Korrespektivität in zwei Fällen siehe § 2272, 2. Eine positive Einschränkung der Korrespektivität aus dem negativen Rechtssatz, daß nur bei Erbeinsetzungen, Vermächtnissen, Auflagen Korrespektivität vorliegen kann (§ 2270, 3).

Einmal:

Keiner der beiden Gatten ist gebunden, jederzeit können sie aus freien Stücken widerrufen. Der Widerruf kann nur persönlich durch den Gatten erfolgen (§ 2296, 1 mit § 2064) und auch der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte kann widerrufen. (§ 2296, 1 mit § 2229 und § 2253, 2).

Andererseits aber:

Der Widerruf ist im Gegensatz zu den sonstigen Widerrufsarten an eine ganz besondere Form geknüpft. Die Widerrufserklärung muß beurkundet und dem andern Gatten abgegeben sein. Da nur die Erklärung beurkundet zu sein braucht,[12]) so kann die Übermittlung dieser Erklärung auch formlos geschehen, da sie aber abzugeben ist (§ 2296, Abs. 2 Satz 1), so erscheint die Erklärung als empfangsbedürftige Willenserklärung, sodaß hinsichtlich des Eintritts der Wirksamkeit die allgemeinen Vorschriften (§§ 130 ff.) zur Geltung kommen. Danach wird der Widerruf im Augenblick des Zugehens der Erklärung wirksam. Stirbt inzwischen der Widerrufende, so ist das auf die Wirksamkeit des Widerrufs einflußlos[13]) (§ 130, 2). Ist der Gatte, dem die Erklärung abzugeben ist, geschäftsunfähig, so muß die Erklärung, wenn anders sie wirksam werden soll, an den gesetzlichen Vertreter gehen (§ 131, 1). Planck[14]) will aber auch im Falle der Geschäftsbeschränktheit des Gatten schlechthin dasselbe gelten lassen gem. § 131, 2, Strohal[15]) wenigstens im Falle der Testierfähigkeit des Gatten durch Rechtsanwendung die Abgabe an ihn als maßgebend erachten, da dieses Ergebnis durch die Tendenz der Vorschrift des § 2271, Abs. 1 Satz 1 allein sachlich befriedige, wenn auch der Wortlaut des § 131, 2 entgegenstehe. M. E. braucht man garnicht so weit zu gehen, um die Vorschrift des § 131, 2 auszuschalten, solange nur der Gatte widerrufsfähig ist. Denn mit der Empfangnahme der Erklärung beseitigt er zugleich seine Verfügung (§ 2270, 1). Es ließe sich hier sehr wohl von einem Widerruf sprechen. Die gesetzlich zwingende Folge der Unwirksamkeit der andern Verfügung baut sich auf dem Gedanken auf, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen ist, daß mithin im Augenblick der Beseitigung der Verfügung des einen Gatten auch der andere seine Verfügung nicht mehr aufrecht erhalten wissen will. Liegt aber dergestalt ein Widerruf vor, so gelten in erster Linie die besonderen erbrechtlichen Grundsätze und erst ergänzend die allgemeinen Bestimmungen. Danach griffe die Vorschrift des § 131, 2 nur ein, soweit der die Erklärung in Empfang nehmende Gatte der Testierfähigkeit (§ 2229, 2) und im besonderen der Widerrufsfähigkeit (§ 2253, 2) ermangelte. Andernfalls würde man zu dem merkwürdigen Ergebnis kommen, daß, während der eine beschränkt geschäftsfähige Gatte seine Widerrufserklärung beurkunden und übermitteln lassen, also alles seinerseits tun kann, um seine korrespektive Verfügung und damit zugleich das gemeinsame Testament zu widerrufen, die Möglichkeit der ergänzenden Vollendung dem anderen beschränkt geschäftsfähigen Gatten genommen ist.

Verweigert nun der andere Gatte die Empfangnahme, so kann sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers geschehen — nach den Vorschriften für die öffentliche Zustellung einer Ladung, wenn der Aufenthalt des Ehegatten unbekannt ist (§ 132, 1 u. 2).

---

[12]) a. A. noch Enneccerus-Lehmann, 2 S. 554, 555 c.
[13]) Vgl. Entsch. d. RG. Bd. 65 S. 270, 274.
[14]) Bem. II, 2 a Abs. 2 zu § 2271.
[15]) § 43 a II, 4 a Anm. 10 S. 332.

Über den Wert dieser strengen Formvorschrift des einseitigen Widerrufs korrespektiver Verfügungen ist man in der Literatur geteilter Ansicht. Strohal, Löwenwald und auch Dernburg[16]) finden in ihr nur bedenkliche Nachteile, Küntzel[17]) nur Vorteile. Die rechte Ansicht wird zur Mitte neigen und es fragt sich nur, ob die Nachteile die Vorteile überwiegen oder umgekehrt. Der Gesetzgeber neigte zu letzterem und wohl mit Recht. Denn wenn es auch nicht immer leicht sein wird, die Widerrufserklärung an den andern Gatten gelangen zu lassen, wenn dieser die Empfangnahme auf alle Art und Weise zu hintertreiben sucht, und oft langwierig, wenn der andere Gatte unbekannt abwesend ist, oder Zweifel über sein Leben bestehen, so ist das endgültige Zugehen doch in keinem Falle zu verhindern. Die Erwägung aber, daß inzwischen der Widerrufende sterben könne, ist ohne Bedeutung, denn der Widerruf tritt ja ein unabhängig vom Tod des Widerrufenden (§ 130, 2) und die Möglichkeit, inzwischen ein neues Testament zu errichten, wird nicht abzusprechen sein, wenn auch die Gültigkeit desselben von dem Zugehen der Widerrufserklärung abhängt.[18]) Aus dem Gegensatz zu der erleichterten Errichtung der gemeinschaftlichen Testamente aber wird weder eine Inkonsequenz[19]) noch sonst irgendwie ein Bedenken[20]) zu konstruieren sein, denn durch die Errichtung ist ja erst die eigenartige Einheit der beiderseitigen Verfügungen geschaffen, aus der sich eine Erschwerung des Widerrufs ableitet. Hingegen würde die Tatsache, daß sich durch die Kosten und die Besonderheit der Urkunde mancher Gatte vom Widerruf überhaupt abhalten ließe, ein Erfolg sein, den der Gesetzgeber nicht gewollt hat.[21]) Aber solche Annahme darf nicht dahin führen, der Vorschrift des § 2271, Abs. 1 Satz 1 eine überwiegende Berechtigung überhaupt abzusprechen, denn nicht nur, daß durch sie stets die Absichten der Gatten unter Ausschaltung aller Heimlichkeiten klar und offen hingestellt, und dadurch jeweils dem andern Gatten ermöglicht wird, den Umständen beizeiten Rechnung zu tragen, sondern es wird auch der Widerruf selbst derart festgestellt, daß beiden Gatten ein eventueller Beweis des Widerrufs nie mißlingen könnte.[22])

Im Anschluß nun an diese Formbestimmung des Widerrufs folgt der Satz: „Durch eine neue Verfügung von Todeswegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des andern seine Verfügung nicht einseitig aufheben." Küntzel[23]) hat an der Hand der Entstehungsgeschichte des § 2271, 1 klar nachgewiesen, daß dieser zweite Satz nur die alleinige Geltung des ersten beleuchtet. Einseitig aufgehoben kann also eine korrespektive Verfügung außer auf die im Satz 1 vorgeschriebene Weise überhaupt nicht mehr, auch wenn der andere Ehegatte einer aufhebenden Verfügung zustimmen sollte.[24]) Und diese Auffassung entspricht allein dem Sinn des Satz 1. Denn es wäre doch höchst befremdlich, wenn eine Umgehung der soeben strikte hingestellten strengen Form im nächsten Augenblick dadurch ermöglicht wird, daß ein Gatte zwar unter formloser, aber nie kontrollierbarer Zustimmung durch ein neues eigenhändiges Testament

[16]) Strohal, a. a. O. S. 333, Anm. 12; Löwenwald, S. 65; Dernburg, § 93 III; s. auch Hellwig, Vertr. S. 623.
[17]) a. a. O., S. 604 ff.
[18]) Vgl. Strohal § 43 a II 4 a Abs. 2 S. 336. Planck, II 4 zu § 2271; Entsch. d. RG. Bd. 65 S. 275.
[19]) So Löwenwald a. a. O.
[20]) Strohal a. a. O.
[21]) Vgl. Dernburg S. 260 bei Anm. 6. Hellwig, a. a. O.
[22]) Vgl. Planck, a. a. O. II, 2 a Abs. 4; Endemann, a. a. O.; Frommhold, Bem. 2 a zu § 2271; Wilke, Bem. 1 zu § 2271.
[23]) a. a. O. S. 605 f.
[24]) A. A. noch Wilke, Bem. 3 zu § 2271; Loewenwald a. a. O. S. 68.

widerrufen kann seine Verfügung. Man kann daher nicht mit Planck[25]) sagen, daß Satz 2 nur bezweckt, ein Mißverständnis dahin auszuschließen, daß die Widerrufsart des Satz 1 überhaupt die einzige für korrespektive Verfügungen wäre, sondern in erster Linie will Satz 2 klarstellen, daß Satz 1 die einzige Art enthält, in der korrespektive Verfügungen einseitig widerrufen werden können.[26]) Erst daraus folgt und zwar p. arg. e. c.,[27]) daß die korrespektiven Verfügungen gemeinschaftlich durch neue Verfügungen von todeswegen widerrufen werden können.[28]) Der Gegensatz zu „einseitig" bildet also in diesem Falle gemeinschaftlich,[29]) und nicht wie Hellmann meint „zweiseitig".[30])

Nach dieser Feststellung ist nicht zu verstehen, wie Strohal[31]) dennoch korrespektive Vermächtnisse und Auflageverfügungen in analoger Anwendung des § 2291 durch Testament widerrufen lassen will, wenn der andere seine Zustimmungserklärung in gerichtlich oder notarieller Beurkundung abgibt. Denn einmal steht dem das oben von Strohal selbst gewonnene Resultat entgegen, daß der Gegensatz zu einseitig gemeinschaftlich ist, also außer dem einseitigen Widerruf des Satz 1 nur der gemeinschaftliche Widerruf zulässig ist, durch die beurkundende Zustimmung aber wird keine Gemeinschaftlichkeit im Sinne einer gemeinschaftlichen testamentarischen Verfügung erzielt, da diese in einem Rechtsgeschäft von Todeswegen sich ausdrücken muß, vielmehr erscheint der ganze durch Errichtung zweier getrennter Urkunden erst vollendete Rechtsvorgang als ein zweiseitiger Akt, und zweitens: § 2291 ist eine besondere Bestimmung des Erbvertrages. Das gemeinschaftliche Testament aber untersteht den Regeln des Testamentrechtes und nur insoweit kommen die Vorschriften über Erbvertrag zur Anwendung, als dies besonders angeordnete ist, wie das denn auch in § 2271 geschehen. Von einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung des § 2291 aber ist unter dem ganzen Titel des gemeinschaftlichen Testaments nichts zu entdecken.[32])

Aus den Erörterungen über die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 aber geht hervor: Irgend ein einseitiger Widerruf korrespektiver Verfügungen gemäß §§ 2254—58 ist ausgeschlossen, also auch eine neue positive Verfügung, die mit der korrespektiven Verfügung des gemeinschaftlichen Testamentes in Widerspruch steht, ist unzulässig bezw. wirkungslos.[33]) Errichtet daher ein Gatte in einem solchen Testament ein Vermächtnis oder eine Auflage, die den in der korrespektiven Verfügung Bedachten trifft, so ist das ganz bedeutungslos. Dernburg[34]) allerdings will darin keine einseitige Aufhebung der korrespektiven Verfügung, keinen Widerruf erblicken, und folglich solche Anordnungen ohne Beobachtung der Vorschrift des § 2271, 1 gestatten. Dagegen spricht Brütt[35]) von einem teilweisen Widerruf, der stets dann vorliege, wo die Lage des Bedachten sich irgendwie verschlechtere. M. E. wird zwar der rechtliche Bestand der korrespektiven Verfügung durch die Beschwerung nicht berührt, – anders

[25]) Bem. II. 2 b.
[26]) Matthiass, § 279 III C 1 „nur". Hellmann, a. a. o. S. 224, siehe auch Gesetzes Wortlaut.
[27]) Endemann, § 45 Anm. 18, S. 194.
[28]) So Küntzel, a. a. o. S. 606. Strohal, II 1 a, S. 334, der sich aber zu Unrecht auf Planck beruft in Anm. 14.
[29]) Strohal, a. a. o. Anm. 14.
[30]) Hellmann, S. 224; auch Endemann § 45 Anm. 18.
[31]) II 1 a β S. 335, 336.
[32]) Vergl. Planck, Bem. II 2 b Abs. 2 zu § 2271. Küntzel, S. 607 bei Anm. 3. Unentschieden Matthiass § 279 III C Anm. 1.
[33]) Staudinger, Bem. III A 2 zu §§ 2270/71.
[34]) § 93 VI 2 S. 261/262.
[35]) Arch. f. B. R. Bd. 29 S. 388.

wenn der Erblasser unmittelbar die korrespektive Verfügung einschränkt, — und insofern liegt kein Widerruf vor, aber der Effekt ist genau so, als ob der Erblasser die korrespektive Verfügung selbst in der Höhe widerrufen hätte, den die Beschwerung angibt, denn tatsächlich erhält der in der korrespektiven Verfügung Bedachte um soviel weniger.[36]) Wollte man also Anordnungen von Vermächtnissen und Auflagen einseitig zulassen, so würde es unter Umständen dahin kommen, daß der in der korrespektiven Bedachte wenig oder gar nichts erhält: aber doch nur darum, damit der Bedachte das ihm Zugewendete auch tatsächlich erhält, oder vielmehr nur unter dieser Bedingung hat der andere Gatte seine korrespektive Verfügung getroffen. Der auf Grund von § 2270 im § 2271, 1 angestrebte Zweck also würde auf solche Weise zerstört, denn die korrespektive Verfügung des andern Gatten würde im Gegensatz zu der andern korrespektiven Verfügung nicht nur rechtlich bestehen bleiben, sondern auch tatsächlich zur Durchführung kommen. Man wird sich daher dazu verstehen müssen, in der Anordnung von Vermächtnissen und Auflagen einen teilweisen Widerruf zu sehen, und das wird um so eher möglich sein, als sehr wohl in der Absicht eines Erblassers, dem Bedachten weniger als bislang zukommen zu lassen, ein Widerrufswille gefunden werden kann. Danach können Vermächtnisse und Auflagen,[37]) soweit sie auf eine Beschränkung der korrespektiven Verfügung abzielen, wirksam nur unter Beobachtung des § 2271, 1 angeordnet werden, dann aber wird dadurch das ganze gemeinschaftliche Testament widerrufen, soweit die Verfügungen im Testament korrespektiv sind. Diese Wirkung sowie der Umstand der strengen Formbeobachtung neben der eigenhändigen Testamentserrichtung hat Brütt[38]) veranlaßt, zu unterscheiden zwischen kleinen und großen Vermächtnissen, indem er von dem Gedanken ausgeht, daß kleinere Beschränkungen unmöglich den Hauptzweck, den Nachlaß nach bestimmten Verhältnissen den Abkömmlingen resp. Verwandten zufallen zu lassen, beeinträchtigen können.[39]) Er sieht sich aber bei dem dehnbaren Begriff der kleineren Beschränkungen zu dem Vorschlag einer Fixierung auf 5 % des Wertes der korrespektiven Zuwendung genötigt.[40]) Allein zu solchen Manipulationen fehlt nicht nur jeder Anhalt im Gesetz, sondern es würde auch meistens dem Willen der Ehegatten nicht entsprechen. Brütt sagt selbst, daß oft die Gatten sich ausdrücklich die Befugnis zu kleinen Vermächtnissen vorbehalten.[41]) Daraus geht hervor, daß oft anzunehmen ist, daß die Gatten selbst kleinere Einschränkungen ihrer korrespektiven Verfügungen nicht wünschen, denn wenn sie das für selbstverständlich hielten, so würden sie nicht darauf gekommen sein, die Einschränkungsbefugnis sich extra gegenseitig zuzugestehen. Man wird also daran festzuhalten haben, auf Grund des Gesetzes, daß Einschränkungen jeder Art einseitig nur nach Maßgabe des § 2271, 1 zu erfolgen haben.

Anders natürlich, wenn sich die Gatten vorbehalten haben, lediglich durch Testament noch anderweitig beliebig verfügen zu können. Eine solche Erleichterung, der sich die Gatten selbst freiwillig unterwerfen, wird nicht zu verwehren sein.[42])

Soviel über den einseitigen Widerruf korrespektiver Verfügungen zu Lebzeiten der Gatten.

---

[36]) In diesem Sinne auch werden Plancks Ausführungen (VI zu § 2271) zu verstehen sein, die Brütt (a. a. O. Anm. 8) als „nicht klar und folgerichtig" bezeichnet.
[37]) Dasselbe muß auch für andere mittelbare Änderungen gelten.
[38]) a. a. O. Bd. 29, S. 385 ff.
[39]) Brütt, S. 391.
[40]) Brütt, S. 394.
[41]) Brütt, S. 393.
[42]) Vgl Planck, Bem. II 6 zu § 2271; Strohal II 1 a *d* S. 335; Frommhold, Bem. 3 zu § 2271.

Ist ein Gatte gestorben, so greift die Vorschrift des § 2271, 2 ein. Darüber ist folgendes zu sagen:

„Das Recht zum Widerruf erlischt mit dem Tode[43]) des andern Ehegatten" (s. Gesetz). Der Überlebende ist also fortan an seine korrespektiven Verfügungen, soweit sie nicht durch den Tod des Gatten unwirksam geworden sind,[44]) gebunden.[45]) Da das Gesetz schlechthin das Widerrufsrecht erlöschen läßt, so beziehe sich die Bindung auf alles Vermögen, das in den Händen des Erblassers sich befindet, mag es von dem verstorbenen Gatten herrühren, mag es von dem Überlebenden selbst vor oder nach dem Tode seines Gatten erworben sein.[46])

Von diesem Grundsatz der Bindung aber gibt es zwei Ausnahmen s. § 2271 Abs. 2. Die erse lautet: „Der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt". Nimmt er also die Zuwendung an oder läßt die Ausschlagungsfrist (§ 1943), ohne auszuschlagen, verstreichen[47]), so ist er von diesem Augenblick an unlöslich gebunden; andernfalls steht dem Überlebenden fortan die Möglichkeit offen, seine korrespektive Verfügung zu widerrufen nach den Vorschriften der §§ 2253 ff.[48]) Die Verfügung fällt daher nicht ohne weiteres in sich zusammen, sondern es bedarf erst der Ausübung des dem Überlebenden erwachsenen Rechts. Danach müßte eine schon vor der Ausschlagung erfolgte Aufhebung auch durch die Ausschlagung nicht wirksam werden können, denn das Recht zur Aufhebung erwächst dem Überlebenden erst durch die Ausschlagung. Allein die rückwirkende Kraft der Ausschlagung (§ 1953, 1) läßt das vor der Ausschlagung ausgeübte Widerrufsrecht wieder wirksam erscheinen. Hat also der Überlebende inzwischen eine neue Verfügung von Todeswegen getroffen, so wird diese unmittelbar mit der Ausschlagung wirksam.[49]) Wie aber, wenn der Überlebende nach einer solchen letztwilligen Anordnung stirbt, ehe es zur Ausschlagung gekommen ist? Planck und Wilke[50]) verneinen fortan die Möglichkeit einer

[43]) Da der Anfall der Erbschaft nicht durch Antritt, Annahme oder sonst irgend eine Erwerbshandlung erfolgt (§ 1942).
Im Gegensatz dazu das g. R., vgl. Planck, Bem. III zu § 2271; Staud., Bem. III B zu 1; E. R. G. Bd. 6 S. 174; Bd. 41 S. 169.

[44]) So alle Zuwendungen an den Verstorbenen.

[45]) Die zweite Kommission (Prot. V S. 451—458) hatte im Anschluß an die gemeinrechtliche Praxis*) (vgl. Staud., Bem. III B zu 1 Abs. 1; Endemann § 45 Anm. 20; Planck, Bem. III zu § 2271 und E. R. G. Bd. 6 S. 174, 27 S. 150, 38 S. 217, 41 S. 169), die regelmäßige Unwiderruflichkeit mit der Gleichstellung des gemeinschaftlichen Testaments mit dem Erbvertrag (§ 2298) begründet (Prot. V S. 453 unten), aber auch andererseits die Erwägung „des zwischen den Gatten bestehenden Treueverhältnisses" (Frommhold, Bem. 2 c zu § 2271) für die obige Regelung ausschlaggebend sein lassen; vgl. Endemann § 45 Anm. 19 und Prot. S. 454 unten und S. 457: „Nach dem bei der Errichtung des Testaments vorhandenen und beiderseitig erklärten Willen des Erblassers müsse angenommen werden, daß der überlebende Teil infolge des Erwerbes des ihm von dem Erstverstorbenen Zugedachten dem Rechte des Widerrufs seiner korrespektiven Verfügung entsage", und weiter S. 457 unten (gegen den Antrag 7: Freie Widerruflichkeit auch nach dem Tode des einen Gatten): „Diese Regelung werde nicht dem zu vermutenden Willen des Verstorbenen entsprechen".

*) Die juristische Konstruktion der Unwiderruflichkeit ist im g. R. bestritten; vgl. Endemann, a. a. O.

[46]) Vgl. Planck, Bem. III Abs. 2 zu § 2271; Staud., Bem. III B zu 1 Abs. 1; Frommhold, 2 c zu § 2271.

[47]) Ist die Zuwendung jedoch ein Vermächtnis, so tritt die endgültige Bindung nur mit Annahme ein, da es für Vermächtnisse keine Ausschlagungsfrist gibt (§ 2180, 1).

[48]) Ein Fall, wo korrespektive Verfügungen einseitig nach den gewöhnlichen Widerrufsarten widerrufen werden können. Dabei ist der Widerruf nach § 2256 wieder durch § 2272 ausgeschlossen, aber nicht der Widerruf des § 2255 (so im Gegensatz zu Planck, Bem. 4 1 c; Staud., Bem. III B; vgl. dawider Erört. S. 210, 211, die hier bei korrespektiven Verfügungen entsprechend anzuwenden sind. Cosack [II § 360 IV 3 e 1. 2. Aufl.] hat seine Ansicht, es sei die Aufhebung nur nach § 2258 möglich, aufgegeben; s. 4. Aufl. § 360 Bem. IV 2 b).

[49]) Die korrespektive Verfügung dementsprechend unwirksam.

[50]) Planck, Bem. III. IV 1 a zu § 2271; Wilke, Bem. 4 zu § 2271.

Aufhebung der korrespektiven Verfügung des überlebenden Gatten — etwa durch Ausschlagung seitens seiner Erben, — Strohal[51]) dagegen ist für Bejahung. Strohal hält dem Grunde Plancks, daß der Überlebende im Gegensatz zum G.R.[52]) mit dem Tode des anderen Gatten auch ohne Annahme gebunden sei, entgegen, daß nicht erweislich sei, daß das BGB. sich dadurch im Gegensatz zum GR. stellen wollte, es käme vielmehr in Übereinstimmung mit dem GR. entscheidend auch im BGB. auf die wirkliche Ausschlagung an, da der Überlebende bis zu dem bezeichneten Zeitpunkt trotz einer aufhebenden Verfügung immer noch annehmen könne. Dem ist zu erwidern: Beide Gesetze gehen von dem einheitlichen Grundgedanken aus, daß mit dem Anfall der Erbschaft der Überlebende an seine korrespektive Verfügung gebunden ist. Das entscheidende Moment des Anfalls der Erbschaft aber ist im prinzipiellen Gegensatz zum GR. nicht durch irgend eine Annahmehandlung bedingt, sondern lediglich durch den Tod des Erblassers. Daß BGB. bestimmt daher nur folgerichtig: Mit dem Tode erlischt das Widerrufsrecht. Dieser Erfolg tritt zwingend ohne Ausnahme ein. Da nun aber der Überlebende durch die Ausschlagung es in der Hand hat, den Anfall ungeschehen zu machen, so mußte ihm in diesem Falle das Widerrufsrecht zurückgegeben werden; die Ausschlagung erscheint also nicht als Ausnahme von dem Grundsatz der Bindung des Überlebenden in dem Sinne, daß unter der Voraussetzung, daß der Überlebende ausschlägt, die Bindung beim Tode des andern Gatten von vornherein überhaupt nicht eintritt, sondern nur insofern, als die an und für sich mit dem Tode des anderen Gatten eintretende unlösbare Bindung des Überlebenden durch die Ausschlagung in eine lösbare umgewandelt wird. Im GR. dagegen wird durch die Ausschlagung rechtlich und tatsächlich nichts geändert, der durch die Errichtung der aufhebenden Verfügung neugeschaffene Zustand wird vielmehr nur bestätigt. Aus dieser verschiedenen Bedeutung der Ausschlagung folgt, daß, stirbt der Überlebende vor der Ausschlagung, die Erben durch die Ausschlagung: nach GR. die vom Überlebenden geschaffene Rechtslage nur bestätigen, nach BGB. aber die vom Überlebenden noch nicht geschaffene Rechtslage erst herstellen müssen, wenn andere die Aufhebungsanordnung ihres Erblassers wirksam sein soll.

Ganz abgesehen davon, ob immer anzunehmen ist, daß eine derartige „Stellvertretung" der Erben der überlebenden Gatten für dessen persönliches Handeln dem Willen des Vorverstorbenen entspricht, bleibt noch sehr fraglich, ob die Ausschlagung der Erben mit der hier in Rede stehenden Wirkung im Sinne des Überlebenden liegt, denn gerade weil die Ausschlagung nicht erfolgt und Annahme ebensogut möglich war als Ausschlagung,[53]) ist nicht sicher, ob trotz der aufhebenden Verfügung der Überlebende wirklich ausgeschlagen hätte und ausschlagen wollte. Aus allen diesen Gründen kann den Erben des überlebenden Gatten die Aufhebungsmöglichkeit seiner korrespektiven Verfügung nicht zugestanden werden; ob das BGB. ein vom GR. abweichendes praktisches[53a]) Resultat erzielen wollte oder nicht, darauf kann es unter Hervorkehrung der übereinstimmenden Bedeutung der Ausschlagung für das GR. wie das BGB. nicht ankommen; denn ob auf das übereinstimmende oder unter-

[51]) § 43 a Anm. 28.
[52]) Vergl. dazu E. R. G. Bd. 6 Seite 174; 27 S. 150; 38 S. 217; 41 S. 169; auch pr. A. L. R. II § 492; s. auch Anm. 43 S. 227.
[53]) Vergl. Strohal, a. a. O.
[53a]) Denn auch die Erben heben im g. R. durch die Ausschlagung die korrespektive Verfügung des Überlebenden nicht auf; die Aufhebung geschieht vielmehr schon durch den Widerruf des Überlebenden.

schiedliche Moment der Ausschlagung entscheidende Betonung zu legen ist, kann allein der feste Ausgangspunkt bestimmter Rechtsgrundsätze lehren, der, wie wir gesehen haben, in unserem Falle mit zwingender Notwendigkeit zu obiger Entscheidung führt.

Weiter aber hält Strohal der zweiten beweisenden Begründung Plancks,[54]) daß im Falle eines neuen die korrespektive Verfügung aufhebenden Testamentes man keinem der verschieden eingesetzten Personen die aufhebende Ausschlagbefugnis geben könne,[55]) unter Anerkennung der entstehenden Schwierigkeit entgegen, daß mit ihrer Überwindung dergestalt, daß unter Aufhebung der beiderseitigen korrespektiven Verfügungen der Gatten die letzte Anordnung des Überlebenden zur Geltung käme, das Wesen der Sache erhalten bliebe, denn das Gesetz wolle nur: „Abhängigmachung der Wirksamkeit der vom überlebenden Gatten ausgesprochenen Aufhebungserklärung von dem Nichteintritt des Erwerbs auf Grund der Verfügung des vorverstorbenen Gatten." Allein was das Gesetz will und bezweckt ist mehr: nicht ein gegenseitiges Abhängigkeits- resp. Auflösungsverhältnis der korrespektiven Verfügungen überhaupt oder allgemein, sondern lediglich zwischen den Gatten. Wie das gemeinschaftliche Testament überhaupt nur zwischen Gatten errichtet werden kann, so ist die Auflösung der aus der jeweiligen Errichtung sich ergebenden Besonderheiten auch nur unmittelbar zwischen den Gatten möglich, d. h. an ihre Person gebunden. Daher hat auch das Gesetz über Änderungen der aus korrespektiven Verfügungen sich ergebenden Vermögensgestaltung nur Bestimmungen getroffen bei Lebzeiten mindestens eines Gatten.[56]) Auf die Zeit über den Tod beider Gatten hinaus bezieht sich der ganze § 2271 nicht. Die Möglichkeit, an das rechtliche Bestehen der korrespektiven Verfügungen zur Zeit des Todes des überlebenden Gatten — nach dem Tode des überlebenden zu rütteln,[57]) ist daher gänzlich abgeschnitten. Es kommt daher auch nicht auf den Nichteintritt des Erwerbs der korrespektiven Verfügung des vorverstorbenen Gatten überhaupt an, sondern auf den tatsächlichen Nichteintritt gegenüber dem überlebenden Gatten in dessen Person. Dieser entscheidenden Beschränkung aber entspricht auch im Grunde die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten. Sie ist höchst persönlich. Er hat die Zuwendung seinem Gatten gemacht, nur wenn dieser sich des Vorteils aus freien Stücken[58]) begibt, soll auch die ihm, dem vorverstorbenen Gatten, zu Willen gemachte korrespektive Verfügung seines Gatten nicht unwiderruflich zur Erfüllung gelangen müssen. Ob die Erben seines Gatten, die er vielleicht garnicht einmal kennt, die Zuwendung ausschlagen oder nicht, ist ihre eigene Sache, daraus ihnen

[54]) Bem. IV 1 a zu § 2271, unterstützt von Wilke, Bem. 4 zu § 2271, Staudinger, III B zu 1 Abs. 3, Goldmann in Gruch. Bd. 48 S. 91.

[55]) Denn der nach dem neuen Testament Berufene könne nicht ausschlagen, da er selbst erst durch die Ausschlagung berufen sei, der nach dem gem. Testament Berufene aber würde durch die Ausschlagung sich selbst das Recht zur Ausschlagung entziehen.

[56]) S. ausdrücklich auch den dahin übereinstimmenden Wortlaut im einzelnen. Der „Überlebende" kann aufheben, wenn „er" das ihm Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2).

[57]) Etwa die eine oder andere Verfügung nichtig zu machen oder zu widerrufen.

[58]) Denn stirbt er z. B. und wird nur aus diesem Grunde am Genuß der Zuwendung gehindert, so wäre es unverdient und hart, wenn darunter auch der zu Gunsten des Vorverstorbenen Eingesetzte leiden sollte; es kommt vielmehr auf den Willen des Überlebenden an; dieser aber ist an seine Person gebunden. S. auch Anm. 59.

kein Recht erwachsen kann, eine Verfügung aufzuheben über dessen Bestehen allein der Wille[59]) des überlebenden Gatten entscheiden sollte.

Die Fassung des Gesetzes (§ 2271, Abs. 2 2. Teilsatz) aber führt zu der weiteren Frage, wie zu entscheiden ist, wenn dem Überlebenden garnichts zugewendet ist, sondern einem Dritten, und dieser die Zuwendung ausschlägt. Bleibt trotzdem der überlebende Gatte an seine korrespektive Verfügung gebunden?[60]) Planck[61]) bejaht das, grundsätzlich auch Strohal[62]) unter Offenhaltung einer freien Beurteilung in Einzelfällen. Für Bejahung spricht allerdings der Wortlaut des Gesetzes, aber der Sinn führt unzweideutig zu entgegengesetztem Resultat. Nicht deswegen wird der Überlebende von der Bindung an seine korrespektive Verfügung befreit, weil er als überlebender Gatte ausschlägt, sondern als eine Person, der der vorverstorbene Gatte die Zuwendung gemacht hat.[63]) Nur das wollen nämlich die Gatten mit ihrer korrespektiven Verfügung bezwecken, daß der eine Gatte an die zu Willen des andern Gatten gemachte Zuwendung nur solange gebunden bleibt, als der Erfolg der jedem Gatten zu Willen gemachten Zuwendung nicht durch die Ausschlagung[64]) des jeweilig Begünstigten vereitelt wird; denn der Bindungswille und die Annahme der Bindung beruht auf dem Gedanken, daß der Bedachte, um dessen Willen sich der Gatte bindet, auch den Genuß der Zuwendung tatsächlich nicht entbehren soll. Durch die Ausschlagung[65]) aber wird gerade das Gegenteil erreicht. Es kommt also nicht darauf an, daß gerade immer der Überlebende ausschlagen muß, wenn er das Widerrufsrecht wieder erlangen soll, sondern daß die zu Willen des Überlebenden vom vorverstorbenen Gatten bedachte Person, um dessentwillen sich der Überlebende mit seiner korrespektiven Verfügung gebunden hat, ausschlägt.

Daß aber der Text des Gesetzes speziell nur vom Überlebenden spricht, erklärt sich einerseits daraus, daß in den meisten Fällen eben der Bedachte der überlebende Gatte sein wird,[66]) zum andern aber sollte durch die Betonung des Überlebenden der Gegensatz zu dessen Erben beleuchtet, mit andern Worten klargestellt werden, daß durch mittelbare Ausschlagung, in diesem Sinne also Ausschlagung von dritter Hand, kein Recht zum Widerruf der korrespektiven Verfügung des Überlebenden gewonnen werden kann.

Daß man aber auf die enge Wortfassung des Gesetzes sich nicht be-

[59]) Dieser aber war durch die aufhebende Verfügung allein noch nicht feststehend, denn gerade daraus, daß es der Überlebende ungeachtet der aufhebenden Verfügung noch in der Hand hatte, die Zuwendung anzunehmen, ist nicht mit Sicherheit zu entnehmen, daß in der aufhebenden Verfügung sein wirklich letzter Wille sich ausdrücken sollte, vielmehr liegt die Vermutung nahe, daß der Überlebende, weil er nicht angenommen oder ausgeschlagen hat, sich die endgültige Entscheidung über die Wirksamkeit der aufhebenden Verfügung noch vorbehalten wollte.

[60]) Immer aber hat der Überlebende keine Möglichkeit mehr, durch Ausschlagung von sich aus das Widerrufsrecht zu erlangen.

Die Interpretation: Da dem Überlebenden nichts zugewendet ist, so habe er auch nichts auszuschlagen, und daher das Recht, jederzeit zu verfügen, ist rein äußerlich, und mit dem Wesen der Korrespektivität unvereinbar. — Die korrespektiven Verfügungen müßten sich dann nur auf Zuwendungen an die Gatten beschränken. Vgl. Hellwig, Verfr. S. 648.

[61]) Bem. IV, 1 b. *d*

[62]) Strohal, § 43 a bb, S. 340, 341 und Anm. 31.

[63]) Daher steht damit auch nicht das S. 243 f. Ausgeführte im Widerspruch. Dort steht der Überlebende als überlebender Gatte im Gegensatz zu seinen Erben, die Voraussetzung ist sein Tod, hier aber gerade sein Leben.

[64]) Daher ist auch der Umstand, daß durch den Tod des Dritten der Erfolg der Zuwendung unmöglich gemacht wird, für die Bindung des anderen (überlebenden) Gatten an seine korrespektive Verfügung bedeutungslos, denn gerade die Freiwilligkeit des Verzichts ist entscheidend. So wider Strohal a. a. O., Anm. 31. Siehe die folgenden Ausführungen und folg. Anm.

[65]) Nicht aber durch den Tod, der Tote entbehrt nichts.

[66]) Er bringt also nur einen Anwendungsfall.

schränken darf, erhellt besonders aus folgendem möglichen Fall: Der vorverstorbene Gatte hat zu einer korrespektiven Verfügung des Überlebenden zwei Verfügungen korrespektiv getroffen, die eine zugunsten des Überlebenden, die andere zugunsten eines Dritten. Nach dem strengen Wortlaut „. . . ., wenn er (d. i. der Überlebende) das ihm Zugewendete ausschlägt", müßte der Überlebende das Recht zum Widerruf schon erlangen, wenn nur er seinerseits das ihm Zugewendete ausschlägt. Planck [67]) tritt zwar für diese Ansicht ein, [68]) allein es ist nicht zu umgehen, daß das mit der Absicht des Gesetzes ganz unvereinbar ist. [69]) Denn die Folgen davon, daß der Überlebende nun seine korrespektive Verfügung aufhöbe, würde sein, daß auch die Zuwendung des Vorverstorbenen an den Dritten ohne weiteres und ohne dessen Zutun unwirksam würde. [70]) Dadurch aber würde das Wesen der Korrespektivität preisgegeben, wenn anders die beiden Zuwendungen des vorverstorbenen Gatten zu der einen Verfügung des Überlebenden in Korrespektivität gestanden haben. Die korrespektiven Verfügungen sind Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß die eine nicht ohne die andere getroffen sein würde (§ 2270, 1). Aus diesem Abhängigkeitsverhältnis entspringt die Bindung des Überlebenden an seine korrespektive Verfügung (§ 2271, Abs. 1, Teilsatz), denn hätte der Überlebende es weiter in der Hand, seine korrespektive Verfügung aufzuheben und anders zu verfügen, so könnten entsprechend auf der andern Seite letztwillige Anordnungen nicht mehr getroffen werden, wie sie von dem Vorverstorbenen getroffen worden wären, wenn er von der Aufhebung der korrespektiven Verfügung seines (ihn überlebenden) Gatten gewußt hätte. Ein solcher Verstoß gegen den Glauben und Willen des vorverstorbenen Gatten aber würde auch in unserem Falle zur Geltung kommen, denn die „eine" Verfügung des vorverstorbenen Gatten — d. i. hier sowohl die Zuwendung an den Überlebenden als an den Dritten [71]) — ist nur darum getroffen, weil sich der andere Gatte zu seiner korrespektiven Verfügung bekannte. Der Überlebende ist daher an seine korrespektive Verfügung gebunden, es sei denn, daß die entsprechende Gegenverfügung des vorverstorbenen Gatten ausgeschlagen wird. [72]) [73]) Davon aber ist im gesetzten Falle keine Rede, sondern es sollte gerade dahin kommen, daß ohne Rücksicht auf den Dritten der Überlebende seine korrespektive Verfügung aufheben könne.

Das durch die Korrespektivität der beiderseitigen Verfügungen geforderte strenge Festhalten an der Ausschlagung beider Zuwendungen

[67]) Bem. IV 1 b γ zu § 2271.

[68]) Man darf darin wohl die Konsequenz der auf den Wortlaut sich stützenden Ansicht des Nichterhaltens des Widerrufsrechts bei Ausschlagung der nur einem Dritten gemachten Zuwendung seitens des vorverstorbenen Gatten sehen.

[69]) Vgl. Strohal, § 43 a Anm. 33.

[70]) So mit Planck a. a. O. wider Strohal a. a. O. Anm. 34. Die mangelnde Feststellbarkeit des Widerrufs kann die rechtliche Folgewirkung nicht hindern. Das Recht knüpft Rechtsfolgen an Tatsachen, und zwar an ihr nacktes Vorhandensein, nicht an späteres „Sichherausstellen". Der Widerruf aber wirkt sofort, die korrespektive Verfügung des Überlebenden wird aufgehoben, davon die Folge wieder unmittelbar die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des vorverstorbenen Gatten an den Dritten ist (§ 2270). Wird dem nicht entsprochen, so stimmt die tatsächliche Lage nicht mit der Rechtslage überein. Würde daher offenbar, daß der Überlebende widerrufen hätte, so müßten von diesem Augenblick an die tatsächlichen Verhältnisse der Rechtslage entsprechend gestaltet werden.

[71]) Die beiden verschiedenen Verfügungen des vorverstorbenen Gatten bilden gleichsam ein einheitliches Ganzes in ihrer Stellung zu der korrespektiven Verfügung des Überlebenden.

[72]) Warum in diesem Falle die Aufhebung der korrespektiven Verfügung des Überlebenden im Sinne des verstorbenen Gatten liegt, ist oben gezeigt. S. S. 237.

[73]) Es ist daher stillschweigende Voraussetzung des Satzes: „Der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn . . . ." (§ 2271, Abs. 2, 2. Teilsatz), daß die Zuwendung an den Überlebenden die alleinige Verfügung des vorverstorbenen Gatten ist, die zu der korrespektiven Verfügung des Überlebenden, die durch Ausschlagung aufgehoben werden kann, in Korrespektivität steht.

der vom vorverstorbenen Gatten Bedachten, sucht nun Strohal[74]) zu mildern durch objektives Abwägen der jeweiligen Bedeutung der einen korrespektiven Verfügung des vorverstorbenen Gatten gegenüber der andern.[75]) Allein es kommt für die Befreiung der Bindung des Überlebenden nicht auf den objektiven Wert der einzelnen Zuwendungen, sondern auf den subjektiven Willen und das Interesse des vorverstorbenen Gatten an, mit denen übereinzustimmen und die zu berücksichtigen sich der überlebende Gatte durch die gemeinschaftlich errichtete korrespektive Verfügung bereit erklärt hat; die aber gehen auf Erhaltung der Bindung des Überlebenden an seine korrespektive Verfügung, da sie ja eine Zuwendung darstellt,[76]) um derentwillen sich der vorverstorbene Gatte im Falle seines Überlebens an seine korrespektive Verfügung gebunden hätte, und da im Falle ihrer Aufhebung der vorverstorbene Gatte nun seinerseits andere letztwillige Anordnungen nicht treffen kann.

Es ist also zu entscheiden, daß entgegen der formulierten Wortfassung des Gesetzes, aber in Übereinstimmung mit der zugrunde liegenden Absicht, im Falle, daß mehrere Verfügungen des vorverstorbenen Gatten zu einer Verfügung des Überlebenden in Korrespektivität stehen, der Überlebende immer nur dann zum Widerruf berechtigt ist, wenn alle vom Vorverstorbenen Bedachten ausgeschlagen haben.

Ist nun der überlebende Gatte durch korrespektive Verfügung zum Allein- oder Miterben eingesetzt, so wird es regelfällig kommen, daß, wenn er, um das Widerrufsrecht zu erlangen, ausschlägt, dennoch als gesetzlicher Erbe des Verstorbenen erbt.[77]) Wird der überlebende Gatte seine korrespektive Verfügung aufheben können, auch wenn er seine gesetzliche Erbportion annimmt? Strohal[78]) will in diesem Falle die Entscheidung der Frage wieder von dem Verhältnis der Höhe der korrespektiven Erbeinsetzung zu dem gesetzlichen Erbteil abhängig machen. Dem ist nicht zuzustimmen. Entscheidend ist nicht, ob der Überlebende durch die gesetzliche Erbschaft sehr viel weniger bekommen wird, als durch die korrespektive Erbeinsetzung, sondern daß durch die korrespektive Einsetzung als Erbe der vorverstorbene Gatte seinen Willen dahin zum Ausdruck brachte, daß nur dann der Überlebende nicht mehr an seine korrespektiven Verfügungen gebunden sein sollte, wenn er überhaupt darauf verzichtet, Erbe zu sein.[79])

Allerdings ließe sich in beiden Fällen einwenden, daß die Belassung bei der gesetzlichen Erbfolge ja garnicht mit der vom Überlebenden getroffenen Verfügung in Korrespektivität steht, aber dem ist zu erwidern: Würde in diesem Sinne die gesetzliche Erbfolge des Überlebenden von seiner korrespektiven Erbeinsetzung getrennt, so würde nicht nur die Korrespektivität in seiner Wirkung aufgehoben, sondern auch der testamentarische Wille zugunsten der gesetzlichen Erbfolge einfach umgangen. Das Primäre aber ist der testamentarische Wille, erst wenn dieser nicht

---

[74]) Strohal, a. a. O. bb., S. 341.

[75]) Mit welchem Maßstabe aber gemessen werden soll, etwa nach der Höhe der Zuwendung oder der Bedeutung, die die Zuwendung für den Bedachten hat, ist nicht gesagt.

[76]) Man denke z. B. an eine dem vorverstorbenen Gatten nahestehende Person.

[77]) Besteht die korrespektive Verfügung nur in der Zuwendung eines Vermögensvorteils, so besteht diese unabhängig von dem gesetzlichen Erbteil des Überlebenden.

[78]) Strohal, a. a. O. cc., S. 342.

[79]) Regelmäßig wird auch in der korrespektiven Verfügung der Vermögensteil enthalten sein, den der Überlebende bei Ausschlagung kraft seines gesetzlichen Erbrechts erhält. Wäre denkbar, daß der Überlebende durch die korrespektive Erbeinsetzung weniger erhielte, als ihm als gesetzlichem Erben zukäme, so könnte allerdings die Frage entstehen, ob dem Überlebenden nicht das Widerrufsrecht dann zu geben sei, wenn er als gesetzlicher Erbe nur das ausschlüge, was er durch die Annahme der korrespektiven Erbeinsetzung erhalten hätte. Die Bedeutung und Erörterung der Frage aber wird von vornherein dadurch abgeschnitten, daß eine Beschränkung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft auf einen Teil nicht zulässig ist (§ 1950).

vorhanden oder nicht festzustellen ist, kommt die gesetzliche Erbfolgeordnung zur Geltung.[80]) Dem Überlebenden wird daher nichts anderes übrig bleiben, als auch die gesetzliche Erbfolge auszuschlagen, wenn anders er seine korrespektive Verfügung widerrufen will.

Im Falle nun, daß der Überlebende[81]) das ihm Zugewendete annimmt, erlischt für den Überlebenden die Möglichkeit, das Recht zum Widerruf seiner korrespektiven Verfügung wieder zu erlangen.[82]) Er ist fortan unlöslich gebunden. Aber auch von dieser endgültigen Bindung gibt es eine Ausnahme,[83]) sie lautet: „Auch nach der Annahme der Zuwendung ist der Überlebende zur Aufhebung nach Maßgabe des § 2294 und des § 2336 berechtigt".[84]) (§ 2271, Abs. 2, Satz 2.) Macht sich danach der vom Überlebenden Bedachte einer Verfehlung schuldig, die den Überlebenden zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt (vgl. § 2333 Nrs. 1—5), oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Überlebenden wäre (s. § 2294), so kann der Überlebende seine korrespektive Verfügung an den Bedachten widerrufen.[85]) [86]) Dadurch wird das Gebundensein nicht verletzt, denn es muß im Willen und Interesse des Vorverstorbenen liegen, daß die seinem Wunsch entsprechend bedachte Person nur dann auch die Zuwendung erhalten soll, wenn sie sich ihrer nicht unwürdig zeigt. Der Überlebende wird sogar viel weniger im Sinne des Verstorbenen handeln, wenn er dem Unwürdigen die Zuwendung läßt, als wenn er sie ihm nimmt.[87]) Durch den vollzogenen Widerruf aber wird trotz der Vorschrift des § 2270, Abs. 1, die Verfügung des Vorverstorbenen nicht unwirksam,[88]) denn würde dieser Erfolg eintreten, so würde besonders in den Fällen, wo der Überlebende der Bedachte ist,[89]) es dahin kommen, daß dieser, um sich nicht selbst des Genusses der Zuwendung zu berauben, von einem Widerruf der Zuwendung an den Unwürdigen überhaupt absähe. Damit aber

---

[80]) Anders daher, wenn der Überlebende überhaupt nicht auf Grund einer korrespektiven Verfügung des Vorverstorbenen als Erbe berufen ist, sondern die Verfügung des Überlebenden nur mit irgend einer andern Verfügung des Vorverstorbenen in Korrespektivität steht. Hier wird durch die Annahme oder Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils die korrespektive Verfügung des Vorverstorbenen gar nicht berührt und der Überlebende bleibt nach wie vor gebunden. Stellt sich jedoch im einzelnen Fall dar, daß, ohne daß eine besondere Erbeinsetzung des Überlebenden von seiten des Vorverstorbenen erfolgt ist, die Belassung bei der gesetzlichen Erbfolge durch eine Verfügung des Überlebenden bedingt ist, so wird in diesem Falle wieder durch die Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils der Überlebende das Widerrufsrecht erlangen.

[81]) Oder auch der Dritte, mag er allein oder neben dem Überlebenden korrespektiv bedacht sein.

[82]) Hatten jedoch die Gatten nur sich korrespektiv bedacht oder zu Erben eingesetzt, so wird mit dem Tode des einen die korrespektive Verfügung des andern unwirksam, da der Verstorbene nicht Erbe werden kann; dann ist der Überlebende nicht gehindert, anderweit zu verfügen.

[83]) Die zweite Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Bindung des Überlebenden nach dem Tode des Gatten. S. S. 228.

[84]) „Auch" nach der Annahme, also auch vor der Annahme ist diese Ausnahme der Bindung gegeben, soweit die Voraussetzungen dafür vorliegen.

[85]) Der Grund des Auflösens der Bindung liegt also hier nicht, wie bei der ersten Ausnahme, in der Person des vom vorverstorbenen, sondern des vom überlebenden Gatten Bedachten.

[86]) Aus der Verweisung auf § 2336 (s. § 2271, Abs. 2) folgt, daß hier der Widerruf nur durch letztwillige Verfügung erfolgen kann, die den zur Zeit der Errichtung vorhandenen Grund der Entziehung angeben muß; ein Widerruf nach § 2255 ist also ausgeschlossen. Vgl. Anm. 18 u. Erört. S. 210, 211. — Über Unwirksamkeit der an und für sich gültigen Verfügung s. § 2336, Abs. 4.

[87]) Der Überlebende kann dem Unwürdigen aber nur seine Verfügung entziehen. Sind aber die Vermögen der Gatten nach dem Tode des einen derart mit einander verschmolzen, daß der Überlebende die Befugnis zur Verfügung über das ganze Vermögen erlangt hat (vgl. § 2269), so kann der Überlebende auch dem Unwürdigen das entziehen, was er durch eine Zuwendung aus dem Vermögen des vorverstorbenen Gatten erhalten sollte. Vgl. Dritten mit dem Überlebenden) leicht ein solcher Effekt eintreten.
Planck IV 3 Abs. 3; Strohal a. a. O.

[88]) Vgl. Planck, Bem. IV 2 Abs. 1 zu § 2271; Strohal, § 43 a zu β S. 343.

[89]) Auch bei einer Bedenkung eines Dritten würde durch gegenseitige Verständigung (des

erreicht der Verstorbene regelfällig, was viel weniger in seinem Sinne liegt, als die Belassung der Zuwendung an seinen Gatten. Das Recht zum Widerruf ist dem überlebenden Gatten aber nur in ganz bestimmten gesetzlich aufgezählten Fällen gegeben (§ 2333, Nr. 1—5). Zeigt sich daher der Dritte in anderer Weise, z. B. durch verschwenderisches, trunksüchtiges Leben, das ihn in Schulden bringt, der Zuwendung seitens des Überlebenden nicht geeignet, so kann letzterer seine korrespektive Verfügung nicht aufheben. Der Gesetzgeber wird zu dieser feinen Unterscheidung durch die Erwägung geleitet sein, daß hier der radikale Widerruf nicht immer dem Willen des vorverstorbenen Gatten entsprechen werde. Allein andererseits kann es auch und besonders dann nicht in dessen Sinne sein, daß der vom Überlebenden Eingesetzte die Zuwendung vergeudet, wenn dieser zu ihm oder seinem Gatten in einem nahen verwandtschaftlichen Verhältnis steht, das die möglichste Erhaltung der Zuwendung im Interesse späterer Abkömmlinge fordert. Das BGB. hat daher in solchem Falle dem Überlebenden gestattet, den von ihm Eingesetzten des Genusses der Zuwendung zu beschränken (§ 2271, Abs. 3 in Verb. m. § 2289, Abs. 2 in Bezug auf § 2338). Danach kann jeder Gatte vor und nach dem Tode des Erstversterbenden seinem eigenen als auch dem einseitigen Abkömmling des andern Gatten, wenn er derart in Überschuldung gerät oder verschwendet, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet ist, die von ihm verfügte [90]) Zuwendung durch die Anordnung [91]) beschränken, [92]) [93]) daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das Zugewendete als Nacherben oder Nachvermächtnisnehmer erhalten sollen (s. § 2338).

Außer den gesetzlich angeführten Ausnahmen aber gibt es noch andere Fälle, in denen die Bindung des überlebenden Gatten entfällt:

1. Wenn beide Gatten sich ausdrücklich im gemeinschaftlichen Testament für den Fall des Todes des einen von der gesetzlichen Bindung befreit haben. Die Regelung der Gestaltung der Verhältnisse nach dem Tode des Erstversterbenden, wie sie im § 2271, Abs. 2, vorgesehen ist, entspricht nur der gewöhnlichen und daher regelmäßig vorhandenen Absicht der Gatten. Kein Grund liegt vor, warum der Gesetzgeber entgegen seinem sonstigen Bestreben, der Befolgung des letzten Willens, einen andersartigen letzten Willen der Gatten [94]) nicht rechtlich anerkennen und schützen sollte.

2. Stirbt der vom Überlebenden bedachte Dritte vor dem Erbfall oder wird er vor oder nach dem Erbfall für erbunwürdig erklärt, oder schlägt er nach dem Erbfall aus, so erlangt dadurch der Überlebende seine Verfügungsfreiheit zurück resp. eine vor seinem Tode getroffene neue letztwillige Verfügung wird wirksam. [95])

Einen dritten möglichen Fall des Nichtgebundenseins des Überlebenden konstruiert Strohal [96]) dadurch, daß der vorverstorbene Gatte nach dem gemeinschaftlich errichteten Testament ein Testament errichtet hat, in dem er seine korrespektive Verfügung als „schlechthin geltend"

---

[90]) Doch gilt das in Anm. 87 Ausgeführte.

[91]) Sie ist durch letztwillige Verfügung zu treffen. S. § 2289 Abs. 2 u. § 2338 Abs. 2 Satz 1. Über Unwirksamkeit der an und für sich gültigen Anordnung vgl. § 2338 Abs. 2 Satz 2.

[92]) Also durch die Befugnis der Beschränkung eine Ausnahme von der Bindung des überlebenden Gatten.

[93]) Die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten wird auch hier durch die Beschränkung nicht berührt. Vgl. Erört. S. 247.

[94]) Sie haben z. B. aus besonderem Vertrauen sich unbeschränkt oder auch unter bestimmten veränderten Umständen nach dem Tode des Erstversterbenden die Verfügungsfreiheit belassen.

[96]) Vgl. Planck, Bem. IV 3 c zu § 2271; Strohal zu γ, cc. S. 344.

[96]) A. a. O. zu γ, bb.

erklärt. Allein so allgemein kann dieser Fall nicht anerkannt werden. Dadurch, daß der Vorverstorbene seine korrespektive Verfügung als schlechthin geltend[97]) bezeichnet, hebt er die Korrespektivität seiner im gemeinschaftlichen Testament errichteten Verfügung auf, was sich am besten darin zeigt, daß nun der Überlebende das Widerrufsrecht nicht verlieren soll. Die Aufhebung einer korrespektiven Verfügung bei Lebzeiten der Gatten aber bedarf der Beurkundung[98]) (§ 2271, Abs. 1). Also nur der auf diese Weise formgerecht ausgesprochene letzte Wille des vorverstorbenen Gatten[99]) hat die Kraft des fortan Schlechthingeltens seiner ehemaligen korrespektiven Verfügung und der Befreiung des überlebenden Gatten von dem Gebundensein an seine korrespektive Verfügung.

Endlich ist noch der Fall der Anfechtung zu erwähnen, wenn man sich zu der Ansicht bekennen will, die dem Überlebenden das Anfechtungsrecht zugesteht. Die Frage, ob der überlebende Gatte wie der Erbvertragserblasser anzusehen ist (§ 2281, Abs. 2) ist sehr zweifelhaft[100]) und wird, da das Gesetz nicht mit ausdrücklicher Bestimmung zur Seite steht, kaum mit klarer Bestimmtheit nach der einen oder anderen Richtung hin entschieden werden können.

Das gemeinschaftliche Testament untersteht der Gruppierung nach den Regeln des Testamentsrechts. Das weist darauf hin, daß grundsätzlich die Testamentsvorschriften Geltung haben sollen. Danach steht das Anfechtungsrecht nur den im § 2080 bestimmten Personen zu, d. h. n i c h t dem überlebenden Gatten. Die engere Frage kann also nur lauten, ob eine analoge Anwendung der Erbvertragsvorschrift des § 2281 hier gerechtfertigt erscheint. Das wird fast einmütig in der Literatur bejaht[101]) auf Grund der Gleichheit der Rechtslage des Überlebenden mit dem Ehevertragserblasser.[102]) Nun hat neuerdings Mantey[103]) versucht, dem entgegenzutreten.

Der erste Grund ist folgender[104]): Der Überlebende sei enger gebunden mit der Erbvertragserblasser, denn nach § 2298, Abs. 3, könne durch vertragliche Bestimmung letzterer als Überlebender sowohl seine Verfügung beseitigen (entgegen § 2298, Abs. 2, Satz 2) als auch die Zuwendung des Erstversterbenden sich erhalten (entgegen § 2298, Abs. 2). Dem ist zu erwidern: Auch im gemeinschaftlichen Testament können die Gatten die Bindung ausschließen und im Erbvertrag ist ebenso gut das Rücktrittsrecht wie das Widerrufsrecht mit dem Tode e r l o s c h e n, wenn ein entgegenstehender Wille der Vertragsschließenden n i c h t anzunehmen ist. Andererseits ist zuzugeben, daß entgegen § 2298, Abs. 1, in Verb. m. Abs. 3, die Folge der Ausübung des Widerrufsrechts, die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung des andern Gatten (§ 2272, Abs. 1) n i c h t ohne weiteres durch Vereinbarung der Gatten ausgeschlossen werden kann. I n s o f e r n mag also der Überlebende im gemeinschaftlichen Testament noch enger gebunden sein, als der im wechselseitigen Erbvertrag, als er sich nach dem Gesetz nicht in gleich ausgedehntem Maße von der Bindung b e f r e i e n kann. Aber diese Er-

[97]) Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß seine Verfügung auch ohne die korrespektive Verfügung des andern Gatten als getroffen angesehen werden soll.
[98]) Es sei denn, daß sich die Gatten ausdrücklich anderes vorbehalten haben.
[99]) Vgl. dagegen Strohal, Anm. 40.
[100]) Aber nicht ohne Bedeutung, da im Gegensatz zu der Anfechtung durch die Erbinteressenten der Überlebende es in der Hand hätte, nach der Anfechtung neu testamentarisch zu verfügen.
[101]) Frommhold, Bem. 4 zu § 2271; Hellmann in K. V. Sch. Bd. 39, S. 225; Strohal, § 43 a zu S. 337, 338; Endemann, § 45 Anm. 25; Planck, IV 3 d u. a.
[102]) Dem auch letzterem ist ein Anfechtungsrecht hinsichtlich des Erbvertrags nur zugestanden, weil ihm das Recht des Widerrufs nicht zusteht.
[103]) In Gruch. Bd. 52, S. 384 ff.
[104]) Mantey, a. a. O., S. 390, 391.

wägung kann nicht dahin führen, dem Überlebenden im gemeinschaftlichen Testament das Anfechtungsrecht im Gegensatz zum Erbvertrag nicht einzuräumen, denn im Erbvertrag ist in § 2281 dem Überlebenden das Anfechtungsrecht gegeben, unabhängig davon, ob er unter Umständen mehr oder minder nicht gebunden ist (§ 2298, Abs. 3), sondern lediglich in der Erwägung, daß dadurch, daß vertraglich keine Freiheiten bedungen sind, der Überlebende gebunden ist. Ist er aber gebunden, so ist er ebenso gebunden wie der Überlebende im gemeinschaftlichen Testament.

Einen zweiten Grund für die Ablehnung des Anfechtungsrechts will Mantey [105]) in der Wirkung des eventuellen Bestätigungsrechts sehen. Dieses sei beim Erbvertrag absolut, während beim gemeinschaftlichen Testament trotz Bestätigung durch den Überlebenden den Erbinteressenten das Anfechtungsrecht würde erhalten bleiben müssen, denn „aus der gegenwärtigen Bestätigung lasse sich nur ausnahmsweise der Schluß rechtfertigen, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung der korrespektiven Verfügung und bei einer damaligen Kenntnis der gegenwärtigen Sachlage die Verfügung ebenso getroffen haben würde, wie sie jetzt vorliegt."

Ganz abgesehen von einer uneingeschränkten Anerkennung dieses Satzes, [106]) [107]) wie kann daraus das Recht abgeleitet werden, dem nach dem Erblasser kommenden Erbinteressenten ein Anfechtungsrecht zu belassen, das die Bestätigung des Erblassers bedeutungslos und kraftlos machen könnte; denn die Bestätigung ist doch hier als der letzte Wille des Erblassers anzusprechen, demgegenüber das Anfechtungsrecht der Erbinteressenten versagt. Ihr Anfechtungsrecht leitet sich nur daraus her, daß der Erblasser nicht so verfügt haben würde, wie das anfechtbare Testament besagt. Mag nun auch der Überlebende zur Zeit der Errichtung der korrespektiven Verfügung bei Kenntnis der d a m a l i g e n Sachlage die Verfügung nicht getroffen haben, der damalige letzte Wille, aus dem sich das Anfechtungsrecht der Erbinteressenten herleitet, ist überholt durch den späteren letzten Willen, [108]) der auf neu eingetretene Ursachen sich gründet. Daß die Willensrichtung dieselbe geblieben ist, ist dabei gleichgültig, entscheidend vielmehr, daß die Gründe, die die Anfechtung begründeten, fortgefallen sind; damit ist der Anfechtung der Boden entzogen; m. a. W. das Anfechtungsrecht der Erbinteressenten würde auch im gemeinschaftlichen Testament von dem Bestande des Anfechtungsrechs des Überlebenden abhängig sein, denn die selbständige Befugnis Dritter anzufechten, fußt nur auf dem Nichtvorhandensein des Anfechtungsrechts des Erblassers. Andererseits aber ist auch das Anfechtungsrecht des Erbvertragserblassers höchst persönlich und die im § 2280 bezeichneten Personen können den Erbvertrag nach dem Tode des Erblassers auf Grund e i g e n e n Rechtes gemäß §§ 2078 ff. anfechten.

---

[105]) A. a. O., S. 392, 393.

[106]) Denn es ist nicht einzusehen, warum der Erblasser, wenn die g e g e n w ä r t i g e Sachlage ihn veranlaßt hat, die korrespektive Verfügung aufrecht zu erhalten, er zur Zeit der Errichtung der Verfügung diese nicht getroffen haben sollte, wenn er damals schon gewußt hätte, daß spätere Umstände ihn doch einmal diese Verfügung als wünschenswert erscheinen ließen.

Liegen aber keine besonderen Umstände vor, die seine Bestätigung rechtfertigen, so muß angenommen werden, daß der Überlebende selbst dann die Verfügung getroffen haben würde, wenn er die d a m a l i g e n Verhältnisse zur Zeit der Errichtung gekannt hätte.

[107]) Es ist ferner nicht einzusehen, warum sich dasselbe nicht vom überlebenden Erbvertragserblasser ebenso gut sagen ließe. Dient der Satz aber wirklich zur Begründung der Erhaltung der Anfechtung den im § 2280 bezeichneten Personen, so dürfte auch der Erbvertrag ihnen gegenüber nicht unanfechtbar werden, trotz Bestätigung seitens des Vertragserblassers.

[108]) Auch dieser kann wieder anfechtbar sein, dann wäre eine neue Anfechtung gegeben, die sich mit der hier in Rede stehenden Frage nicht berührt.

Drittens nun folgert Mantey [109]) aus zwei Momenten einen bewußten Verzicht des Gesetzgebers auf Analogie des § 2281 aus dem Erbvertrag. Die Momente sind bestimmt und unzweideutig:

1. Die Einordnung des gemeinschaftlichen Testamentes unter dem Abschnitt „Testament" im Gegensatz zu dem besonderen Abschnitt des Erbvertrages. [110])

2. Die unmittelbare oder entsprechende Anwendung der Vorschriften des Erbvertrags an mehreren Stellen der Vorschriften des gemeinschaftlichen Testaments. [111])

Ob nun aus diesen beiden Momenten in Verbindung mit der Tatsache, daß § 2281, Abs. 2, nicht erwähnt ist im ganzen gemeinschaftlichen Testament, die Annahme eines bewußten Verzichtes des Gesetzgebers auf § 2281 zu gewinnen ist, muß dem Ermessen des einzelnen überlassen bleiben; je nachdem er die Bedeutung der äußerlichen Gruppierung und der jedesmaligen ausdrücklichen Bestimmung einschätzt, wird ihn die Entscheidung führen. Mag man aber auch von ihrer ausschlaggebenden Bedeutung hier nicht überzeugt sein, so bleibt immer zu verwundern, daß das Gesetz nicht auf § 2281 verwiesen hat. M. E. werden alle Zweifel am besten behoben durch die Annahme, daß der Gesetzgeber die Regulierung der Frage unabsichtlich außer Acht gelassen hat. Dann wäre zu fragen, wie der Gesetzgeber entschieden hätte, wenn er die Frage nach dem Anfechtungsrecht des Überlebenden nicht übersehen hätte. [112]) Hier aber muß man unter Außerachtlassung der Einordnung des 8. Titels in den 3. Abschnitt des Erbrechts sowie aller Verweisungen auf den Erbvertrag, nach dem Sinne dahin entscheiden, daß dem überlebenden Gatten wegen seiner Gebundenheit an seine korrespektive Verfügung das Anfechtungsrecht zugestanden worden wäre, denn auch das Anfechtungsrecht, das dem Vertragserblasser eingeräumt ist, beruht endlich doch nur auf dem Gedanken, daß er seine Verfügung einseitig nicht mehr aufheben kann.

---

[109]) A. a. O., S. 339, 394.

[110]) Daraus der Schluß, daß, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, das gemeinschaftliche Testament allen dem Testament gegebenen Vorschriften unterliegt.

[111]) Daraus der Schluß, daß dort, wo es an solcher Verweisung fehlt, auch keine Erbvertragsvorschriften angewandt werden sollen.

[112]) Denn weder die Mot. (V, S. 48, S. 322 ff.) noch die Prot. (V, S. 66), die das Anfechtungsrecht des Erblassers als durch das Widerrufsrecht entbehrlich ablehnen, können in bezug auf das gemeinschaftliche Testament mit gutem Grunde in Anspruch genommen werden; „denn der Entw. I (§ 1913, Mot. V, S. 253 ff.) verwarf überhaupt das gemeinschaftliche Testament und die Ablehnung eines Anfechtungsrechts des Erblassers in der 2. Komm. (Prot V, S. 66) geschah nur im Hinblick auf das Einzeltestament, als über das gemeinschaftliche Testament und seine Aufnahme ins BGB. noch ungelöste Fragen schwebten." So mit Recht Mantey, a. a. O., S. 389 Anm. 4.

Immerhin aber mag aus diesen Ausführungen der Vorarbeiten zum BGB. die Richtigkeit der folgenden Ansicht beleuchtet werden.